Der immaterielle Schaden im BGB und im anglo-amerikanischen Recht

— Eine vergleichende und rechtspolitische Untersuchung —

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

ROLF DIPPON

aus Porto Alegre (Brasilien)

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

7091

Der immaterielle Schaden im BGB und im anglo-amerikanischen Recht

— Eine vergleichende und rechtspolitische Untersuchung —

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
ROLF DIPPON
aus Porto Alegre (Brasilien)

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

7543/62

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Obmann: Prof. Dr. Günter Dürig

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Walter Erbe
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Josef Esser

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 2. 1962

EINLEITUNG

1. ABSCHNITT

DER IMMATERIELLE SCHADE IM BÜRGERLICHEN RECHT

Grundbegriffe - Schwierigkeit der rechtlichen Erfassung - Einteilungsversuche - Physischer Schaden - Psychischer Schaden .

2. ABSCHNITT

DIE GESCHICHTLICHEN GRUNDLAGEN DES § 253 BGB

A. Der immaterielle Schaden im römischen Recht

1) Nichtvermögensschaden wurde anerkannt.

2) Wesen und Aufgabe der Schutzvorschriften

3) Verurteilung erfolgte zu einer Geldleistung

B. Der immaterielle Schaden im deutschen und gemeinen Recht

1) Die Buße im germanischen Recht

2) Rezeption und gemeines Recht

3) Zusammenfassung

C. Der immaterielle Schaden im Bürgerlichen Gesetzbuch

1) Die Regelung im Gesetz

2) Wie kam es zu der Entscheidung des § 253 BGB ?

3. ABSCHNITT

DIE UNHALTBARKEIT DES § 253 BGB

A. Die zu kritisierende Enge

1) Schutz nur im Deliktsrecht - für einzelne Persönlichkeitsgüter -

2) Kein Schutz im Vertragsrecht des BGB

3) Geringe Möglichkeiten einer Naturalherstellung

B. Die bisherigen Versuche der Rechtsprechung und der Lehre, die Enge des § 253 BGB zu überwinden

I. 1) Analogie
2) Negatorischer Rechtsschutz
3) Umwandlungsversuche von immateriellem in materiellen Schaden

II. Die Versuche sind unbefriedigend - Gesetzesreform ist notwendig

III. Vergleich mit anglo-amerikanischem Recht kann Anhalt bieten.

4. ABSCHNITT

VORAUSSETZUNGEN UND FORMEN DER ENTSCHÄDIGUNG FÜR IMMATERIELLEN SCHADEN IM ANGLO-AMERIKANISCHEN RECHT

A. Vorbemerkung

Warum Vergleich mit englischem Recht ?
Zur Charakteristik des englischen Rechts

B. Aufbau des anglo-amerikanischen Schadensrechts

C. Allgemeine Grundsätze des Schadensrechts

I. Die Voraussetzung: damages

1) Der Schadensbegriff
2) Der Kausalzusammenhang
3) Das Verschulden

II. Die Rechtsfolge: damages

1) Keine Naturalherstellung
2) Damages are money
3) Arten von damages

D. Damages für immateriellen Schaden

Dogmatisch keine Schwierigkeit - Auch kein ethisches "Aber" - Warum Scheidung von immateriellem und materiellem Schaden ? - Mental and physical pain - die Lehre vom parasitischen Element - mental pain alone -

I. Immaterieller Schaden im law of tort

1) Allgemeines zu torts
2) Personal injury
3) Personal torts
   a. Defamation
      Libel - slander - die Defamationklage - mental und physical pain bei defamation -
   b. Assault and battery
   c. Andere personal torts

II. Immaterieller Schaden im law of contract

1) Bei "Breach of contract" zwei Rechtsbehelfe
2) Damages bei breach of contract
   Welcher Schaden wird ersetzt ? - general rule - breach of promise of marriage - Ausnahmen der general rule - aggravated cases - mental pain alone -
3) Gesamttendenz

III. Bemessung der damages

1) "Measure of damages" - richterliche Freiheit - Schwierigkeiten und Gefahren
2) Zweck der damages bei immateriellem Schaden - mehrfacher Zweck - compensation - satisfaction -
3) Höhe der damages bei immateriellem Schaden "to the discretion of the jury" - Natur und Ausmaß der Verletzung - Mitigating and aggravating circumstances - contributory negligence - future pain and suffering - loss of enjoyment of life - loss of expectation of life.

E. Zusammenfassung

5. ABSCHNITT

RECHTSPOLITISCHE BETRACHTUNG

A. Strafe oder Ersatz

B. Genugtuung

Der Gedanke der Genugtuung - die Entwicklung in der Rechtsprechung zu § 847 BGB - die Funktionen der Geldleistung bei immateriellem Schaden - Äquivalentfunktion - Straffunktion - Satisfaktionsfunktion - die kumulative Natur der Funktionen .

C. Zur Reform

1) Das dogmatische Hindernis ist überwunden.

2) Umfang des Anspruchs auf Genugtuung -
Kein schrankenloser Schutz - Kasuistik oder Generalklausel ?

3) Schutzobjekt: die Persönlichkeit
Interpretation - Gefahren infolge widerstreitender Interessen - Einschränkungen und notwendige Voraussetzungen des Anspruchs.

4) Der Gesetzesvorschlag.

Literaturverzeichnis

	:	American Iurisprudence, Vol. 1-58, (Rochester-New York)
Amira, Karl v.,	:	Nordgermanisches Obligationenrecht, (Leipzig 1882)
Anson, William R.,	:	'Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts', übersetzt von Prochownick (Berlin 1908)
Anson, William R.,	:	Principles of the English law of contract, 21 st. Ed. by Guest, (Oxford 1959)
Baur, Fritz,	:	Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts (Diss. Tübingen 1935)
Beauvais, v.,	:	Das Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschaden unter besonderer Berücksichtigung des Schmerzensgeldes (Diss. Bonn 1956)
Becker, Walter G.,	:	Gegenopfer und Opferwehrung, Strukturen des Schuldrechts auf der Grundlage des anglo-amerikanischen "check-and-balance"-Systems, (Berlin u. Frankfurt 1958)
Beier, Hubert,	:	Die neuen Rechtsgrundsätze der Schmerzensgeld-Bemessung, MDR 1954, 591 ff.
	:	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947, Bd. 2, IV. Zivilrecht, (Bern 1949)
Beutel, F.K.,	:	An Outline of the Nature and Methods of experimental jurisprudence, 51 Columbia Law Review 424 ff.

Boehmer, Gustav, : Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch (Tübingen 1950)

Bouvier, John, : Bouvier's Law Dictionary and concise Enzyclopedia, 3 rd. Ed. Rev. (Kansas City, Mo. 1914).

Bünger, Karl, : Schadensersatz, in Schlegelberger 'Rechtsvergleichendes Handwörterbuch', Bd. VI (Berlin 1938)

Bußmann, Kurt, : Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen ?
Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag 1957, (Tübingen)

Charlesworth, I., : Charlesworth on Negligence, 3 rd. Ed., The Common Law Library (London 1956)

Cheshire and Fifoot, : The law of contract, 4 th. Ed. (London 1956)

Chirley, W.S., : A selection of leading cases in the common law, 3 rd. Ed. (London 1886)

Chitty, : Chitty on Contracts, Vol. I., General principles, 21 st. Ed. (London 1955)

: Civil Code of the State of New York, reportet complete by the Commissioners of the Code (Albany, 1865)

Clark, G.L., : Summary of American Law (New York 1949)

Coing, Helmut, : Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, 558 ff.

Coing, Helmut, : in Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. Allgem. Teil, 11. A. (Berlin 1957)

Coith, Otto, : Über die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, (Dresden, 1891)

Conrad, Hermann, : Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, Frühzeit und Mittelalter Karlsruhe 1954)

Dalloz, : Code Civil, annoté d'aprê la doctrine et la jurisprudence, 58. Ed. (Paris 1959)

Dassler, Kurt Gerhard, : Der Ersatz des Nichtvermögensschadens (Diss. Leipzig 1936)

Dölle, Hans, : Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, in Beiträge zur Erläuterung d. deutschen Rechts, 68 (1927), S. 492

Dohna, Graf zu, : Privatgenugtuung, in Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil, 1. Bd.

Dombrowski, Erich, : Ein Akzent wird verschoben, F.A.Z. v. 2.2.59

Engelmann, Theodor, : in Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, (München, Berlin u. Leipzig 1929)

Enneccerus-Nipperdey, : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbb., 14. A. (Tübingen 1952)

Enneccerus-Lehmann, : Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearb. (Tübingen 1958)

	:	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes, Bundesrats-Drucksache 217/59 (ab S. 63: Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht)
Erdsiek,	:	Betrachtungen zum englischen und deutschen Rechtsdenken, MDR 1947, 192
Esser, Josef,	:	Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 148, 121 ff.
Esser, Josef,	:	Lehrbuch des Schuldrechts, I. A. (Karlsruhe 1949)
Fischer, H. A.,	:	Der Schaden nach dem BGB, (Jena 1903)
Gelhaar, Wolfgang,	:	Zur Bemessung des Schmerzensgeldes, NJW 1953, 1281 ff.
Gierke, O. v.,	:	Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (Leipzig 1889)
Griffith, V. A.,	:	Outlines of the law (Indianopolis 1950)
Haidlen,	:	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, I. Bd., (Stuttgart 1897)
Halsbury, Earl of,	:	The Law of England, 3 rd. Ed., Vol. 1-26, (London)
Hartmann, Gustav,	:	Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung, (Freiburg 1888)
Heck, Philipp,	:	Grundriss des Schuldrechts (Tübingen 1929)

Heimerich, H., : Der Missbrauch von Tonbandaufnahmen, BB 1956, 249 ff.

Helfritz, Hans, : Der geschichtliche Bestand und die legislative Verwertbarkeit von Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung, (1905).

Hermann, Gerhard, : Umfang und Problematik des Schadens, der nicht Vermögenschaden ist, des prejudice moral und der Genugtuung im schweizerischen Recht in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Tübingen, 1952)

Herschel-Steinmann, : Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. A. (Heidelberg 1958)

Heymann, Ernst, : 'Überblick über das englische Privatrecht' in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Holtzendorff-Kohler, 7. A., 2. Bd. (1914)

Hirsch, Ernst E., : Maulkorb für die Presse, (Berlin und Frankfurt 1959)

Hubmann, Heinrich, : Persönlichkeitsrecht (Münster-Köln 1953)

Jagusch, Heinrich, : Rechtsnorm und Normsituation, SJZ 1947, 296

Ihering, R.v., : Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 18, 1 ff.

Jörs-Kunkel, : Römisches Privatrecht, 3. A. (1949) in Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswissenschaften

Koch, C.F., : Kommentar zum ALR (Berlin 1852)

Kohler, J., : Die Ideale im Recht, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 5, 161 ff.

Kohler u. Scheel,	:	Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. - C.C.C. - (Halle 1900)
Landwehr,	:	Das Recht am eigenen Bild (Winterthur 1955)
Larenz, Karl,	:	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. Allgem. Teil, 2. A. (München u. Berlin 1957)
Larenz, Karl,	:	Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd., Bes. Teil, 2. A. (München u. Berlin 1957)
Larenz, Karl,	:	Vertrag und Unrecht, II. Teil, Die Haftung für Schaden und Bereicherung, (Hamburg 1937)
Löffler,	:	Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, NJW 1959, 1 ff.
Magruder,	:	Mental and emotional disturbance in the law of torts, 49 (1935/36) Harvard Law Review 1033 ff.
Mayne and Smith,	:	Mayne's Treatise on Damages, 4. Ed. (London 1884)
Mc Cormick, Charles,	:	Handbook on the Law of Damages, (Hornbook Series, St. Paul, Minn., 1935)
	:	Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. II., amtl. Ausgabe (Berlin u. Leipzig 1889)
Mutzenbecher,	:	Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht (Diss. Heidelberg 1909)
Neumann-Duesberg,	:	Zum Begriff des Vermögensschadens, Betrieb, 1956, 888
Neumann-Nipperdey-Scheuner,	:	Die Grundrechte, 2. Bd., (Berlin 1954)
Nikisch, Arthur,	:	Arbeitsrecht, I. Bd. (Tübingen 1955)

N.N.,	:	"The Prima facie tort doctrine" 52 Columbia Law Review 503 ff.
Palandt,	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 17. A. (München und Berlin 1958)
Petersen, Werner,	:	Das "Schmerzensgeld" ein Entschädigungsanspruch, JW 1936, 2965 ff.
Phillips, Hood,	:	A first book of English Law, 3 rd. Ed. (London 1955)
Plock, Maria,	:	Das Schmerzensgeld (Diss. Würzburg 1938)
Pollock, Frederick,	:	The law of torts, 12th Ed. (London 1923)
Pollock-Winfield,	:	Principles of contract, 12th. Ed. (London 1946)
Pound, Roscoe,	:	Der Geist des Gemeinen Rechts (Deutsch: Rickmers), (Söcking 1947)
Prochownick, Wilhelm,	:	Das bürgerliche Recht Englands, Bd. I. (Berlin 1929)
Prosser, William L.,	:	Law of Torts, 2. A. (1955)
Prosser, W.L.,	:	Intentional infliction of mental suffering a new tort. 37 (1939) Michigan Law Review 8 74 ff.
Rabel, Ernst,	:	Das Recht des Warenkaufs, I. Bd. (Berlin u. Leipzig 1936), Sonderheft d. Zeitschrift für ausländ. u. internationales Privatrecht.
Radbruch, Gustav,	:	Der Geist des englischen Rechts, (Göttingen 1956)
Rauert, Niels,	:	Die Entwicklung der allgem. Lehren vom Schadenersatz in der neuen engl. Rechtsprechung (Diss. Kiel 1938)

: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes, (7. Aug. 1958) abgedruckt: Zeitungs- und Zeitschriftenverlag 1958, 949 ff.

: Regierungsblatt für das Königreich Württemberg (1839)

Reinhard, Rudolf, : Der Streit um den Persönlichkeitsschutz nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums JZ 1959, 41

Reinicke, Dietrich, : Zur Frage des Ersatzes immateriellen Schadens, MDR 1947, 220

: Restatement of the Law of Contracts, by the American Law Institut, (St. Paul)

: Restatement of the Law of torts, by the American Law Institute, (St. Paul)

Rheinstein, Max, : Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, (Berlin u. Leipzig 1932)

Rifkind, S.H., : Money as a Device for measuring value, 26. Columbia Law Review 565 ff.

Rumpel, F.G., : De pecunia doloris, vom Schmerzensgeld (Diss. Jena, 1886)

Salmond-Heuston, : Salmond on the law of torts, 12th. Ed. (London 1957)

Schlegelberger-Vogels, : Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar, Berlin 1939)

Schröder, R., : Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (Leipzig 1889)

Schröder- von Künssberg, : Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. A. (Berlin-Leipzig 1932)

Seng,	:	Zur Frage der Vergütung nicht-ökonomischen Schadens aus Delikten, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 5, 362 ff. (Berlin 1891)
Seydel, Helmut,	:	Zwischenbilanz der Schmerzensgeld-debatte, NJW 1954, 1017 ff.
Siegburg, Friedrich,	:	Was angemessen ist, F.A.Z. v. 22.6.59
Sohm, Rudolph,	:	Institutionen, 17. A. (München und Leipzig 1923)
Stobbe-Lehmann,	:	Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 3. (Berlin 1898)
Strauss, J. Fr.,	:	Die Busse des deutschen Strafrechts und der Ersatz des nichtvermögens-rechtlichen Schadens im BGB, (Diss. Freiburg 1901)
Street, Harry,	:	The Law of torts, (London 1955)
Such, Heinz,	:	Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, (von einem Autorenkollektiv), Schuldrecht, Bes. Teil. (Berlin 1956)
Wächter, C.V.v.,	:	Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen, (Leipzig 1874)
Weissenstein, Robert F.,	:	Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch, I. Teil, (Zürich 1950)
Wendt, Günther,	:	Einige Bemerkungen zur Rufreparation des Ehrverletzten, DRZ 1950, 554
Wertheim, Karl,	:	Wörterbuch des englischen Rechts (Berlin 1899)
Winfield, P.H.,	:	Yenks English Civil Law, Vol. I. (London 1947)
Withake, R.,	:	Arbeit in der Freizeit als Schadenersatzproblem, NJW 47/48, 337
Woritz,	:	Recht der salischen Franken

Wussow, Werner, : Das Unfallhaftpflichtrecht, 5. A. (Berlin-Köln 1954)

Wussow, Werner, : Der Schmerzensgeldanspruch nach amerikanischem Recht, DRZ 1950, 400

Wussow, Werner, : Die Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs aus § 847 BGB, DRZ 1950, 272

Wussow, Werner, : Die Höhe des Schmerzensgeldes, DR 1943, 831 ff.

Yenks, Edward, : A Digest of English Civil Law, Vol. I. (London 1921)

Yowitt, Earl, : The Dictionary of English Law (London 1959)

Entscheidungssammlungen :

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, (Berlin-Köln), hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft.

BVerfGE : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, (Tübingen) hrsg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts.

RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

ALR : American Law Reports, annotated, (Rochester-San Francisco)

All.E.R. : The All England Law Reports, annotated, (London)

EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Frage des Schutzes der immateriellen Güter im Zivilrecht. Die Normen des deutschen Zivilrechts, die diesen Schutz aussprechen und zu seiner Verwirklichung bereitstehen, haben sich als zu eng erwiesen. Eine Erweiterung dieses Schutzes ist notwendig.

Zwar erklärt das Bonner Grundgesetz in seinem Art. 1, Abs. I, Satz 1 die Würde des Menschen für unantastbar und enthält in Art. 2 eine Institutsgarantie für persönliche Freiheitsrechte, insbesondere für die freie Entfaltung der Persönlichkeit[1]. Auch ist dieser Schutz der Person unmittelbar geltendes Recht noch dazu im Verfassungsrang, doch bezieht er sich in erster Linie auf das zwischen dem einzelnen Bürger und dem Staat bestehende öffentlich-rechtliche Verhältnis. Einen entsprechend umfassenden Schutz der Person kennt das geltende normierte deutsche Zivilrecht nicht. Da eine unmittelbare und regelmäßig auch eine entsprechende Anwendung der genannten Verfassungsnormen auf das Privatrecht nicht zulässig ist[2], wird des öfteren ein geringerer Schutz der Person auf zivilrechtlichem Gebiet wahrgenommen. Dieses Weniger an Schutz erweist sich aber immer wieder als empfindliche Lücke.

Gerade heute sind die Würde des Menschen und die Entfaltung der Persönlichkeit von außerstaatlichen Mächten sehr häufig in erheblichem Maße bedroht. Immer wieder sieht sich die einzelne Person in ihrer Persönlichkeit seitens einzelner Mitmenschen, Gruppen oder Unternehmen Angriffen ausgesetzt, deren sie sich zivilrechtlich nicht erwehren kann.

Mit dem Schlagwort "Persönliche Machtlosigkeit gegenüber Ausuferungen der Pressefreiheit" soll die besonders aktuelle Seite jener schon seit Inkrafttreten des BGB vorhandenen und bekannten Lücke im Persönlichkeitsschutz des Privatrechts angedeutet werden: In weit geringerem Umfange als physische Schäden berücksichtigt das BGB psychische Schäden und führt dadurch häufig zu einer praktischen Schutzlosigkeit ideeller, der Würde des Menschen zugehöriger Güter. Wohl weiß jedermann, daß das Leben in einer Gesellschaft auch immaterielle Einbußen in der Privat- und Intimsphäre unvermeidlich mit sich bringt. In einem Staat, der das Recht der freien Meinungsäußerung verfassungsmäßig verankert hat, besteht die Gefahr solcher Beeinträchtigungen besonders stark. Aufgabe der Rechtsordnung

---

1) Ebenso gibt Art. 8 der seit dem 3. 9. 1953 in der Bundesrepublik geltenden Konvention des Europarates zum Schutze der Menschenrechte vom 4. 11. 50 (BGBl 1952 II. S.685) jedermann den Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

2) Zur Frage der Bedeutung der Grundrechte für das Zivilrecht siehe BVerfGE 7,198 (205),(Lüth-Urteil) = NJW 58/257.

ist es aber dann, jene Grenzen aufzuzeichnen, deren Überschreiten von der Gesellschaft nicht mehr gebilligt werden kann. Es muß festellbar sein, ob ein Verhalten "sozial-adäquat" ist oder nicht. Im letzteren Falle muß dem Verletzten ein Rechtsschutz auch zivilrechtlich zu Hilfe kommen. Die Würde des Menschen, seine Ehre und Persönlichkeit, müssen auch im bürgerlichen Recht jenen Schutz erhalten, welcher der verfassungsmäßig festgelegten Bedeutung dieser Rechtsgüter angemessen ist [1].

Da die gegebenen Vorschriften des BGB dieser Aufgabe nicht genügen können - wie nachzuweisen sein wird - ist ein verschärfter Schutz der Persönlichkeit durch eine Reform des geltenden Rechts notwendig. Dieser Notstand wird kaum bezweifelt und findet in einer reichen Literatur zum Persönlichkeitsschutz [2] seinen Niederschlag. Auch der deutsche Juristentag 1957 gab durch seine Beschlüsse der einhelligen Meinung Ausdruck, daß die derzeitigen zivilrechtlichen Vorkehrungen zum Schutze immaterieller Güter nicht mehr ausreichen. Er empfahl deshalb dringend eine umfassende gesetzliche Regelung, "um die Rechtspflicht zur Achtung der Persönlichkeit der Allgemeinheit bewußt zu machen".

Nachdem die Rechtsprechung erste Schritte zur Verstärkung des Schutzes der Persönlichkeit getan hat [3], will nun auch der Gesetzgeber ans Werk gehen. Ein Entwurf des BJM [4] soll versuchen, dem BGB Paragraphen einzufügen, die eine Erweiterung des Persönlichkeits- und Ehrenschutzes zum Ziele haben. Da unmittelbarer Anlaß zu diser Gesetzesinitiative die zum Teil ins Unerträgliche gesteigerte Berichterstattung der Sensationspresse war, kann es nicht verwundern, daß schon der Referentenentwurf insbesondere in Pressekreisen mit Groll empfangen und als pressefeindlich und nicht zuletzt verfassungswidrig bezeichnet wurde [5].

---

1) Zur Verfassungsmäßigkeit des § 847 BGB vgl. Neumann-Nipperdey-Scheuner: "Grundrechte", 2. Bd. Berlin 1954, S. 46, ferner: Coing bei Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. Allgemeiner Teil, Vorbem. II vor § 1.

2) Hubmann "Persönlichkeitsrecht"; Münster-Köln 1953; Coing: "Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz" in JZ 1958, 558 ff.

3) Z.B. die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts als absolutes Recht im Sinne von § 823, I. BGB. Näheres später.

4) Der im August 1958 fertiggestellte: "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes" - abgedruckt im Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, 1958, 949 ff. - wurde nochmals überarbeitet und als Drucksache 257/59 im Juli 1959 dem Bundesrat vorgelegt (im folgenden: "BJM-Entwurf").
Die Begründung dieses Entwurfs enthält im Anhang - ab Seite 63 - ein Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht)

5) Vgl. Stuttgarter Nachrichten v. 8. 5. 1958 "Seelischer Schaden". FAZ v. 14. 11.

Dagegen erhoben sich aber auch Stimmen, denen der Entwurf im Umfang des Persönlichkeitsschutzes nicht weit genug ging. Es wird schwerlich möglich sein, beide Seiten zufriedenzustellen. Die Grenzen des Taktes und des guten Geschmackes zu ziehen und in möglichst praktikable Gesetzestatbestände einzufangen, ist ein Unternehmen, das durch die naturbedingten Schwierigkeiten nicht alle Erwartungen erfüllen kann. Daß aber auch zivilrechtlich ein Schutz immaterieller Güter in weit größerem Umfange, als in Deutschland bisher zulässig, möglich ist, kann uns neben anderen Rechtsordnungen [1] vor allem die anglo-amerikanische lehren [2].

Mit dieser Arbeit soll versucht werden, die Herkunft unserer derzeitigen Regelung des immateriellen Schadens im BGB zu erklären. Ein einführender Blick in das gleiche Gebiet im englisch-amerikanischen Recht soll jenen Weg zeigen, der begangen werden kann, um auch für das deutsche Recht eine Reform im Sinne des hier gemachten Vorschlages zu ermöglichen.

---

58 "Die unbequeme Meinungsfreiheit", "Christ und Welt" Nr. 44 v. 30. 10. 58 "Für und wider das Pressegesetz".
FAZ: 2. 2. 59; "Ein Akzent wird verschoben"; zu der Kritik seitens der Publizistik kamen auch Bedenken aus der Wirschaft vgl. "Volkswirt 1958/2328" und von kirchlicher Seite.
Eine Erwiderung der Autoren des Gesetzentwurfes: DRiZ 1958/325 und Bulletin der Bundesregierung 198 vom 24. 10. 1958; zum Gesamtstreit Reinhard JZ 1959/41 ff.

1) Z. B. Frankreich und Schweiz, näheres siehe Gerhard: "Umfang und Problematik des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, des prejudice moral und der Genugtuung im schweizerischen Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss., Tübingen 1952. Ferner vgl. Gutachten des Max-Planck-Instiuts, S. 70 ff und S. 79 ff.
Die Kürze und die dabei doch umfassende Natur der französischen Regelung überrascht: Art. 1382 CC.: Tout fait quelquonque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". Einen Überblick über das Gebiet des immateriellen Schadens in ausländischen Rechten gibt Bünger im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch Bd. VI., S. 110 ff., insbesondere S. 116 ff.

2) Auch das BJM verweist zur Begründung des genannten Entwurfs auf das englische und amerikanische Recht.

1. ABSCHNITT -

DER IMMATERIELLE SCHADE IM BÜRGERLICHEN RECHT

Grundbegriffe - Schwierigkeit der rechtlichen Erfassung.

Voraussetzung für eine rechtliche Betrachtung des immateriellen Schadens ist eine Klärung seines Begriffs. Deshalb soll in diesem ersten Abschnitt zunächst versucht werden, Umfang und Inhalt des Schadens als Rechtsbegriff festzustellen.

Jeder Nachteil, den wir an unseren Rechtsgütern erleiden, ist Schaden im Rechtssinne. Dieser Schadensbegriff des BGB schließt den immateriellen [1] Schaden ein und steht mit dieser Einordnung unter dem Oberbegriff Schaden in Einklang mit dem Sprachgebrauch des Alltags [2]. Eine ausreichende Auskunft über das Wesen des immateriellen Schadens ist damit aber nicht gewonnen. Das Gesetz selbst gibt durch seine Formulierung in § 253 BGB - Schaden, der nicht Vermögensschaden ist - nur eine Abgrenzung. Eine eigentliche Inhaltsbestimmung des Begriffs Nichtvermögensschaden kann dieser genannten Vorschrift nicht entnommen werden. -

Der immaterielle, ideelle Güterbereich stellt sich zusammenfassend für den Menschen als jenes "gewisse innere Behagen an seinem Dasein" [3] dar. Eine Beeinträchtigung dieses inneren Behagens mag für die verletzte Person leicht festzustellen sein. Schwieriger wird für sie schon die Beschreibung der Art und Weise der Beeinträchtigung werden. Die Schwierigkeit erreicht aber ihren höchsten Grad, wenn ein Anderer als die verletzte Person die Diagnose stellen soll.

---

1) Gleichwertige Bedeutung haben die Ausdrücke: ideeller, moralischer, nicht vermögensrechtlicher, nicht wirtschaftlicher (nicht-ökonomischer) Schaden.
2) vgl. auch: Luther in: Matth. Ev. 16, 26: "Schaden an seiner Seele". Das preußische ALR definiert den Schaden noch unter Voranstellung des immateriellen Schadens: Pr. ALR I., 6, § 1: "Jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens". Daß Schaden im Rechtssinne nur Vermögensschaden ist, wird nur vereinzelt vertreten. (Vgl. Seuff. A. 63, 7: "Jeder Schaden ist an sich nur Vermögensschaden".)
3) Goethe: "Besieht man es genau, so gründet sich doch zuletzt nur ein jeder auf ein gewisses inneres Behagen an seinem Dasein".("Zur deutschen Literatur", Anzeige von Jacobis Briefwechsel 1827.)

Kein objektiver Maßstab wie das Geld bei Vermögensschaden steht zur Verfügung. Etwas Unwägbares muß hier erkannt, beschrieben und in eine Ordnung gebracht werden, damit Unterschiede deutlich werden können. Hierin liegt die Wurzel für die rechtlich so schwierige Bewältigung immateriellen Schadens. Es fehlt an einem Wertmesser. Es hat deshalb auch nicht an Stimmen gefehlt, die sich aus der Erkenntnis der gefährlichen Relativität immateriellen Schadens klar gegen eine Regelung durch das Gesetz aussprechen. Da die inneren Vorgänge und Zustände des Menschen sich nun einmal dem Verkehr entziehen, müßte jeder Versuch dieser Art ein Stückwerk bleiben [1]; "zu einer systematischen Regulierung dieses Punktes sind die Empfindungen von Lust und Unlust viel zu sehr abhängig von der Individualität des Einzelnen - was dem Einen Verdruß erregt, bietet dem Anderen ein Vergnügen dar - was einen nervösen Menschen außer sich bringen kann, wird von einer stärker besaiteten Seele kaum empfunden ...". Der Verfasser dieser Zeilen empfiehlt deshalb dem Gesetzgeber, davon abzusehen, in das Rechtssystem ein Gebiet einzubezirken, "für welches der Arm des weltlichen Gesetzes zu kurz und die Hand desselben nicht fein genug gegliedert ist".

Aber derartige Stimmen der Resignation blieben vereinzelt. Es wurden Versuche angestellt, auch bei immateriellen Schäden Kategorien und Klassifikationen aufzustellen. Führend wurde eine naturwissenschaftlich-medizinische Einteilung, die sich auch in der Rechtswissenschaft als verhältnismäßig brauchbar erwies. Danach wird unterschieden, je nach dem ob die Person in ihrem physischen oder ihrem psychischen Dasein beeinträchtigt, d.h. verletzt wurde [2].

Ein physischer Schaden ist demnach die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlgefühls, der erlittene körperliche Schmerz. Eine weitere Interpretation des Begriffes "körperlicher Schmerz" ist hier nicht notwendig und mag im Bedarfsfalle medizinischer Lehre entnommen werden [3]. Für den Juristen genügt jene allgemeine

---

1) So und folgend: Coith "Über die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich", Dresden 1891, S. 18; ebenso, wenn auch einschränkend, Seng: "Zur Frage der Vergütung nicht ökonomischen Schadens aus Delikten", Archiv für Bürgerliches Recht, Berlin 1891, Bd. 5, S. 362 ff.

2) z.B. Larenz: "Lehrbuch des Schuldrechts" II. Bd. bes. Teil S. 369, 2. Aufl. München u. Berlin 1957.

3) zur Frage: "Was ist Schmerz?" vgl.: Plock, "Das Schmerzensgeld" (Diss. Würzburg 1938), S. 9: "Nach Sauerbruch-Wenke ist der Schmerz eine elementare Erscheinung alles Lebendigen, der für die Gestaltung und Abwicklung des Lebens eine allgemeine und ursprüngliche Wirkung hat. Unter normalen physiologischen Bedingungen fehlt der Schmerz vollkommen, während sein Vorhandensein uns zeigt, daß irgend eine Störung im Organismus eingetreten ist.

Beschreibung aus der Folge, wonach ein Schmerz dann auftritt, wenn wir uns unter schädlichen Lebensbedingungen befinden, deren weiteres Einwirken zu schweren Gesundheitsschädigungen führen würde [1]. Es wäre natürlich erfreulich, wenn innerhalb von "Schmerzen" eine Gradfolge eine noch engere Eingrenzung und damit eine noch brauchbarere rechtliche Greifbarkeit ermöglichen würde. Aber die in dieser Absicht bereits gemachten Vorschläge [2], - sie kommen meist von medizinischer Seite - konnten vielleicht für Einzelfälle eine Hilfe sein, jedoch für den alltäglichen Gebrauch nicht befriedigen. Soweit eigene richterliche Tatsachenfeststellung nicht ausreicht, wird ein Gutachten auch künftig der einzig mögliche Behelf bleiben.

Ein psychischer Schaden ist dagegen eine Störung des "seelischen Gleichgewichts", also der zugefügte seelische Schmerz, Verdruß, Kummer oder das sonstige seelische Übel. Während der physische Schaden einen Eingriff in die körperliche Integrität voraussetzt, kann ein seelischer Schaden im Menschen durch unmittelbaren Eingriff in seine eigene gesamte Rechtssphäre oder durch Verletzung von Menschen oder Gütern, die ihm lieb sind, oder die er wertschätzt, ausgelöst werden. In erhöhtem Maße gilt für psychischen Schaden jene Erkenntnis, daß eine weitere Interpretation oder gar Einführung einer Gravitätsskala mit über den Einzelfall hinausgehender Brauchbarkeit für das Rechtsleben nicht möglich ist.

Die Scheidung von physischem und psychischem Schaden ist in erster Linie ein theoretischer Behelf für den Tatsachen feststellenden Richter. Nur selten werden physische Schmerzen nicht auch von psychischen Leiden oder umgekehrt begleitet sein. Aber immerhin kann ein Überwiegen des einen den ersten Anhalt für die Beweiswürdigung bieten.
Der immaterielle Schaden wird als Objekt einer Schadensgesetzgebung stets Schwierigkeiten bereiten, da er nicht mit jenen Ordnungsgrößen zu erfassen ist, die eine Gesetzgebung bei materiellem Schaden als Maßstab verwenden kann.

Wilhelm Griesinger: "Schmerz ist weder einfache Erhöhung noch bloße Verminderung der normalen Funktionen der sensitiven Nerven; er ist vielmehr das Bewußtwerden einer Störung der Organisation der sensitiven Fasern".

1) S. F. Martius in: Plock, a. a. O., S. 9.
2) z. B. Fischer, A. W., bei Plock, a. a. O., hat eine Gradfolge angegeben, nach der er einteilt in ganz leichte - leichte - mittelschwere - schwere - sehr schwere - ganz ungewöhnlich schwere Fälle. Dabei soll sich der Begriff 'schwer' lediglich auf den Schmerzenskomplex beziehen und nicht auf die Gefährlichkeit bzw. Ungefährlichkeit der Krankheit.

In dem folgenden Abschnitt sollen die Versuche der rechtlichen Erfassung immaterieller Schadens im Zivilrecht zunächst im römischen, dann im deutschen (germanischen), im gemeinen Recht und schließlich im geltenden BGB übersichtsmäßig dargestellt werden. Der Blick in die Geschichte wird gleichzeitig dazu beitragen, die Wurzeln der unglücklichen BGB-Vorschriften zum Recht des immateriellen Schadens zu erkennen.

2. ABSCHNITT

DIE GESCHICHTLICHEN GRUNDLAGEN DES § 253 BGB

A: Der immaterielle Schaden im römischen Recht

1) Nichtvermögensschaden wurde anerkannt.

Es ist nicht richtig, wenn im Schrifttum zuweilen die Ansicht vertreten worden ist [1], das römische Recht habe eine Haftungsbegründung durch Zufügen eines Nichtvermögensschadens überhaupt nicht gekannt. Schon im altrömischen Recht zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung (450 v. Chr.) gab das Gesetz bei Verletzung der Persönlichkeit (iniuria) dem Verletzten im Wege der Privatklage eine bestimmte Geldsumme (meist 25 As, etwa 25 Mark) [2]. Im Falle der Beraubung eines Gliedes (membrum ruptum) erlaubte das Gesetz dem Verletzten, statt dem Täter ein gleiches Übel (talio) zuzufügen, eine Bußzahlung mit diesem zu vereinbaren. War die Verletzung der Person von geringerer Bedeutung, so schloß das Gesetz die talio ganz aus und schrieb feste Geldbußen (poenae) vor [3]. In dieser Abgeltung durch Geldzahlung kann nicht ein Ersatz von Vermögensschaden gesehen werden, da ein solcher gar nicht gegeben war. Vielmehr wurden auf diese Weise immaterielle Güter einem Rechtsschutz unterstellt.

---

1) Staudinger, II. Bd.: "Recht der Schuldverhältnisse", III. Teil München, 1929, Anm. 1 zu § 847; Strauß, J. Fr.: "Die Buße des dtsch. Strafrechts und der Ersatz des nichtvermögensrechtlichen Schadens im BGB", Diss. 1901, Freiburg.
2) Sohm: "Institutionen", 17. Aufl. München u. Leipzig 1923, S. 459
3) vgl. Jörs-Kunkel: "Römisches Privatrecht" 3. Aufl. 1949 § 159, i. V. § 106, 1.

Der echte Persönlichkeitsschutz der iniuria, die grundsätzlich lediglich Tatbestände der Körperverletzung betraf, kommt in den Ausnahmen, die ebenfalls der iniuria unterfallen, zum Vorschein. So war die iniuria gegeben beim Besingen mit bösen Zaubersprüchen, die den anderen krank oder sterben machen sollen (carmen famosum) und bei der öffentlichen Schmähung. Geschützt wurde hier eindeutig das seelische Wohlbefinden einerseits und die Ehre, die soziale Achtung andererseits.

Das älteste Recht war in der Behandlung der Persönlichkeitsverletzung zwar noch durchaus kasuistisch, eng und roh, doch ließ die verfeinernde Entwicklung des Rechts das Bedürfnis nach Abschaffung der talio und nach einer weniger starren Gestaltung der Bußbestimmungen aufkommen. Insbesondere die Gerichtsbarkeit der Prätoren trug zu dieser Umgestaltung bei. Am Ende dieser Entwicklung stand schließlich ein umfassender Schutz der Persönlichkeit, der nicht nur tätliche Beleidigungen, sondern ebenso jede Art von Ehrverletzung umfaßte[1]. So verstand man nach klassischer Auffassung unter iniuria jede bewußte Nichtachtung fremder Persönlichkeit [2]. War eine iniuria begangen worden, so war es möglich, vom Prätor innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (annus utilis) eine Privatklage auf verhältnismäßige Geldbuße zu erhalten: actio iniuriarum aestimatoria [3].
Zur Gewährung dieser actio war der Prätor in zivilrechtlichen Fällen verpflichtet. Die actio iniuriarum ergänzte insofern auch andere Rechtsmittel, als sie in allen Fällen möglich war, in denen dem Gegner absichtlich auf die Kränkung der anderen Persönlichkeit gerichtete Rechtswidrigkeit vorgeworfen werden konnte.

Der ideelle Schaden wurde zivilrechtlich auch in anderen Tatbeständen - das wies Ihering an zahlreichen Quellenstellen nach [4] - sowohl im Deliktsrecht als auch im Vertragsrecht [5] in diesem umfassenden Rahmen berücksichtigt.

---

1) Jörs-Kunkel: a. a. O., S. § 159, 3 2) So Sohm, a. a. O., S. 458 ff.
3) L 1, § 2 D de iniuriis 47, 10 (Ulpianus): "Omnem que iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit cum quis pulsatur: ad dignitatem cum comes matronae abducitur ad infamiam cum pudicitia adtemptatur".
4) Ihering: "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Bd. 18, S. 74.
5) Eine Art "Schmerzensgeldanspruch" enthält L 28, § 5 D, 48. 5. Einem freien Mann, der für einen Sklaven gehalten und gefoltert worden ist, wird eine actio utilis gegen den Peiniger gegeben, und zwar auf Zahlung des doppelten Wertes im Verhältnis zu dem, was der Herr hätte beanspruchen können, wenn er tatsächlich Sklave gewesen wäre. Vgl. ferner: L 11, § 1 D 43. 24.

2) Wesen und Aufgaben der Schutzvorschriften

Will man Charakteristikum und Aufgabe der römisch-rechtlichen Behandlung immaterieller Schadens feststellen, so wird man erkennen, daß hier - wie auch im später darzustellenden germanischen Recht - in der ersten Periode des altrömischen Rechts die von dem Schädiger zu erbringende Leistung bei Schadensstiftung ursprünglich als Buße verstanden wurde. In dieser Buße wurde später der Gedanke des Schadenersatzes betont. Der Gedanke Schadenersatz und Strafe waren also eng verbunden. Ein ursprüngliches Rechtsgefühl sieht selbst in jeder Vermögensverletzung zugleich eine immaterielle Schädigung der Persönlichkeit [1]. Durch eine Strafleistung [2] an den Geschädigten, durch die Bußzahlung, erkauft sich der Schädiger den von ihm gebrochenen Rechtsfrieden wieder. Dieses pönale Element als Wesenszug bleibt aber auch in späterer Zeit erhalten, als immaterielle Interessen selbstständige rechtliche Berücksichtigung erfahren. Dem Schuldigen sollte ein Übel auferlegt werden. Der Strafgedanke zeigt sich vor allem auch darin, daß diese Verflichtung nicht nur unvererblich, sondern auch sonst höchst persönlich ausgestaltet war [3]. War die Aufgabe auf Seiten des Verletzers im wesentlichen eine auferlegte pönal charakterisierte Bußzahlung, so sollte eben diese Bußzahlung dem Geschädigten nicht nur einen Geldbetrag zukommen lassen, sondern ihm vor allem Satisfaction, eine Genugtuung [4] für die Verletzung seines privaten subjektiven Rechts bieten [5].

3) Verurteilung erfolgte zu einer Geldleistung

Daß der Nichtvermögensschaden - ebenso wie der Vermögensschaden -, nicht im Wege einer Naturalherstellung ausgeglichen wurde, war für das römische Recht keine Frage. Gründe dafür, daß eine Naturalherstellung im Prinzip ausgeschlossen war, sind insbesondere in der eigenartigen Gestaltung des römischen Prozesses, besonders charakteristisch in der klassischen Zeit, zu finden: Sowie es zu einem Prozesse kam, konnte wegen jeglichen Anspruches nur eine Verurteilung in Geld, die pecuniaria condemnatio, erfolgen. Die litis contestatio, die Streitbefestigung, führte nämlich nach römischer Auffassung zur prozessualen Novation (novatio necessaria) [6]: eine Verpflichtung in Geld entstand. Sicherlich waren für diese grundsätzliche Lösung des Schadensausgleichs in Geld auch die Vorzüge der so gewonnenen Rechtssicherheit und Praktikabilität von maßgebender Bedeutung.

---

1) Fischer H. A.: "Der Schaden nach dem BGB", Jena 1903 S. 270.
2) vgl. auch Jörs-Kunkel: a. a. O., § 106, 2 b.
3) Fischer, a. a. O., S. 273, ferner Jörs-Kunkel, a. a. O., § 106, 2 b.
4) Jörs-Kunkel, a. a. O., § 105, 3.
5) Fischer, a. a. O., S. 270, 273.
6) Jörs-Kunkel, a. a. O., § 124 3.

Im Gegensatz zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung, als Nichtvermögensschaden noch weitgehend mit feststehenden Bußsätzen belegt wurde, trat im prätorischen Recht an die Stelle der starren Bußsätze eine freie Bemessung der Bußbeträge [1]. Die Umstände des Einzelfalles wurden berücksichtigt und die Richter wurden angewiesen, den Beklagten auf einen Betrag zu verurteilen, der "recht und billig" (aequum et bonum) im Verhältnis zum ermittelten Sachverhalt stand, jedoch nicht über den vom Kläger begehrten Betrag hinausging[2].

Man kann für das römische Recht zusammenfassend feststellen: ideelle Güter wurden als solche rechtlich anerkannt und grundsätzlich auch dem Rechtsschutz unterstellt. Die bewußte Verletzung eines rechtlich geschützten immateriellen Gutes hatte in aller Regel die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages, der sich aus richterlichem Ermessen ergab, zur Folge. Dieser Geldbetrag sollte - als Privatstrafe - einerseits den Verletzer bestrafen, andererseits dem Verletzten neben einer Entschädigung eine gewisse Befriedigung verschaffen. Der Akzent der Geldleistung lag jedoch auf dem Strafgedanken.

B. Der immaterielle Schaden im deutschen und gemeinen Recht

1) Die Buße im germanischen Recht

Es ist eine durchaus bekannte und wohl auch natürliche Erscheinung, daß einzelne Rechtsinstitute im altgermanischen Recht eine sehr ähnliche Entwicklung genommen haben wie dieselben Institute im altrömischen Recht. Auch im altgermanischen Recht fällt Schadensersatz und Strafe zunächst grundsätzlich zusammen. Jede Verletzung fremder Rechte beinhaltet auch hier zugleich eine ideelle, immaterielle Schädigung des Trägers dieser Rechte, die Verletzung weckt Rachegefühl und fordert Sühne [3].

Diese Sühne aber, die den Rechtsfrieden wieder herstellen sollte, war in Bußgeldleistungen zu erbringen. So hatte die Buße (compositio oder auch faidus) eigentlich die Aufgabe der Strafe; sie diente aber zugleich auch als Schadenersatz. Daraus, daß diese Geldleistungen verhältnismäßig hoch [4] waren, kann man schließen, daß nicht nur Schaden ersetzt werden sollte, sondern auch Nichter-

---

1) Jörs-Kunkel, a.a.O., § 159, 3d. 2) Jörs-Kunkel, a.a.O., § 159, 4.
3) H. A. Fischer, a.a.O., S. 270 ff.
4) Woritz: "Recht der salischen Franken", S. 196: "Wer arm war, hatte sich vo Frevel zu hüten. Wiederholte Verurteilungen wäre auch der Reichste zu ertragen nicht im Stande gewesen".

setzbares, Immaterielles als Rechtsgut erkannt und geschützt wurde.

Die Bußsätze waren entweder vom Wergeld abgeleitet (Wergeldbußen) oder beruhten auf einer Grundbuße (Grundzahlenbuße) [1]. Sie richteten sich nach dem jeweiligen Stammesrecht und dem Stand des Verletzten. Teilweise wurde auch zwischen den Geschlechtern geschieden [2]. In erster Linie waren die Bußen zwar an den Verletzten zu leisten, doch enthielten sie meist auch einen Anteil für den Fiskus, den sogenannten "fredus" = Friedensgeld.

Was die Zurechnung des Schadens anbetrifft, so war lange der Satz "die Tat tötet den Mann" als Ausdruck einer Erfolgshaftung vorherrschend. Einen Fortschritt zeigt die in fränkischer Zeit mehr und mehr hervortretende Beachtung der Schuld; wurde auch jetzt noch in den meisten Volksrechten wie in allen jugendlichen Rechten das Hauptgewicht auf die objektive Verletzung gelegt, so treten die vollen strafrechtlichen Folgen doch nur dann ein, wenn in verbrecherischer Absicht gehandelt worden war [3]. Ein Teil der Volksrechte versagte bei schuldlosem Unrecht wenigstens das Friedensgeld, verbat die Fehde und ließ nur den reinen Sachwert ersetzen [4], oder die klägerische Partei erhielt bei Nichtvermögensschaden nur eine herabgesetzte Buße (so Lex Salica). Bei manchen Rechten konnte sich freilich die äußerlich unterschiedslose Behandlung absichtlicher und unabsichtlicher Schadenshandlungen lange erhalten [5].

Für das germanische Recht ist zusammenfassend festzustellen und hervorzuheben, daß die meisten Bußen ebenso wie im römischen Recht gleichzeitig den Charakter einer Privatstrafe und eines Schadensersatzes tragen. Aus der Erscheinung, daß u.U. ein Mehrfaches des Grundbetrages gewährt wurde, ist zu schließen, daß nicht der Schadenersatz -, sondern der Strafgedanke der vorherrschende war. Die zugefügte Verletzung war vor allem Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Sühne, die dem Verletzer auferlegt werden sollte. Die Sühne durch die Buße konnte, mußte aber nicht immer, gleichzeitig entschädigen. Deshalb kann auch von der

---

1) Conrad: "Deutsche Rechtsgeschichte" Bd. 1, Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe 1954, S. 228.
2) vgl. Schröder-von Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. Berlin-Leipzig 1932, S. 374: "Weiber genossen bei den Alamannen und Baiern allgemein, bei den Sachsen nur solange sie noch nicht geboren hatten (nondum enixa) den doppelten Rechtsschutz; bei Franken und Thüringern galten für das gebärfähige Alter die dreifachen Ansätze".
3) Conrad, a.a.O., S. 221
4) Fischer, a.a.O., S. 272
   Schröder, R.: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1889 S. 344
5) Nachweise bei Schröder, a.a.O., S. 348 ff. vgl. auch: v. Amira: "Nordgerm.

germanischen Buße gesagt werden, daß ihre Aufgabe, ihr Zweck, pönalen Zielen gewidmet war.

2) Rezeption und gemeines Recht

Die Umwälzungen des Humanismus, der Reformation und der Renaissance ließen das Bild von dem persönlichen Bereiche des Menschen und seinen hierauf gerichteten Ansprüchen nicht unberührt. In seinen "commentarii iuris civilis" (1589) unterscheidet Donellus zwischen den Rechten auf das "quod proprie nostrum ist" und "quod nobis debetur". Zur ersteren Gruppe zählt er: vita, incolumitas corporis, libertas und existimatio [1]. Man könnte erwarten, daß diese Strömungen im Rechtsleben zu einem verstärkten Persönlichkeitsschutz, d.h. zu besonderer Berücksichtigung ideeller Rechtsgüter geführt hätten; jedoch zeitigte die Rezeption auf dem Gebiet des Privatrechts ein gegenteiliges Ergebnis. Zwar wurden durch die Rezeption auch die römisch-rechtlichen Privatstrafen in das deutsche Rechtsleben eingeführt[2]. Und unter diesen befand sich auch die actio iniuriarum aestimatoria, die theoretisch in manchen Teilen Deutschlands bis zur Einführung des Reichsstrafgesetzbuches (1871) anwendbar war [3], doch sich insgesamt nur geringer tatsächlicher Übung erfreuen konnte. Entweder wurde sie in der Praxis regelmäßig überhaupt nicht beachtet [4] und war daher ohne praktische Bedeutung, oder aber sie wurde in Partikularrechten ausdrücklich abgeschafft. Diese Beseitigung der actio iniuria ist in zahlreichen Partikularrechten zum Teil schon recht früh zu beobachten . In Württemberg erfolgte die Beseitigung verhältnismäßig spät: Art. 8 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 [6] lautet: "Alle einzig in dem römischen Rechte gegründeten, aus einem Verbrechen oder Vergehen entspringenden und in einem mehrfachen Betrag des Schadens bestehenden Privatstrafen sind aufgehoben ... In der Regel bestehen daher die privatrechtlichen Ansprüche ... lediglich in dem Recht auf Schadenersatz".

Obl.Recht", Leipzig, 1882, S. 373.

1) vgl. Mutzenbecher: "Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht" (Diss. Heidelberg 190
ferner: Hubmann, a.a.O., S. 28 ff. Landwehr: "Das Recht am eigenen Bild" (Winterthur 1955), S. 16.

2) Fischer, a.a.O., S. 276. 3) vgl. auch: § 11 EGStPO.

4) Stobbe-Lehmann: "Handbuch des deutschen Privatrechts", Bd. 3, Berlin 1898. S. 503 u. 504

5) Stobbe-Lehmann, a.a.O., S. 504 u. C.V.v.Waechter: "Die Buße bei Beleidigungen u. Körperverletzungen", Leipzig 1874, S. 12

6) Reg.Bl. für das Königreich Württemberg 1839/553: "Gesetz betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen".

In diesem nur als typisches Beispiel gewählten württembergischen Gesetz spiegelt sich noch einmal die privatrechtlich dem gemeinen Recht eigene unfreundliche Haltung gegenüber dem Schutz immaterieller Rechtsgüter wider.

Nur ganz vereinzelt lassen sich Ansätze zu einem Schutz immaterieller Güter finden. Diese könnten aber wohl ebenso gut den Namen Rudimente der römischen actio iniuriarum tragen. So sprechen die Gesetzgeber des eben genannten Württembergischen Gesetzes von 1839 [1] zwar noch von einer aestimatorischen Iniurienklage; aber diese gewährt "Genugtuung in Geld"[2] nur noch wegen Verletzung der Ehre. Dieser, im Verhältnis zu dem umfassenden Schutz der Persönlichkeit der ursprünglichen actio iniuriarum aestimatoria, geringe Schutz immaterieller Güter, ist wohl vor allen Dingen in der herrschenden Anschauung jener Zeit begründet, daß Schaden im Rechtssinne nur Vermögensschaden sei.

Immerhin konnte sich gewohnheitsrechtlich eine Schmerzensgeldklage bilden. ErsteErwähnung und Berücksichtigung der Schmerzen eines Verletzten in einer Rechtsquelle finden sich in Art. 20 und 21 der C.C.C. [3][4].

Art. 20 lautete in der zweiten Periode:
"... da auch einiche Oberkeit oder richter inn sollichem uberfuren, sollenn die dem, so also wider Recht one die bewisen anzeigung gemarteter were, seine schmach, schmertzen, iniurien, costen und schadenn der gebüre ergezung zu thun schuldig sein; ..."

Und in Art. 21 wird diese Bestimmung bei der Anklage wegen Zauberei in der zweiten Periode insoweit wiederholt, als der Richter dem Gemarterten "kosten, schmertzen, iniurien und schaden, wie in nechst abgesatztem artickel gemelt, abzulegen schuldig sein soll".

In der Literatur erwähnt in einer kurzen Notiz zu Beginn des 17. Jahrhunderts der württembergische Jurist Heinrich Bocer (gest. 1630) [5] die Schmerzen des Verletzten. Dann war es Carpzow (1595-1660), der uns mitteilt, daß bei Bestimmung der "Sachsenbuße" (emenda) die Gerichte auch die Schmerzen des Verletzten bei Körperverletzungen zu berücksichtigen haben.
Es handelt sich bei diesen Institut ebenfalls um Buße, mit dem vornehmlichen We-

---

1) Reg. Bl. für das Königreich Württemberg 1839/553: "Gesetz betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen".
2) Artikel 17 des oben genannten Gesetzes. 3) v. Waechter, a.a.O., S. 77.
4) Texte: "Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V." kritisch herausgegeben von Kohler u. Scheel 1900, Halle.
5) v. Waechter, a.a.O., S. 79.

senszug einer Strafe und erst sekundär um Schadensersatz.

Nach Carpzow scheint eine Wandlung in der Anschauung über den Charakter der Bußen eingetreten zu sein. Erstmalig war es Georg Adam Struve (1670), der in seinem Lehrbuch: "Iuris prudentia, Rom. Germ. forens." das Recht auf Schmerzensgeld nicht mehr dem pönalen Bußgedanken entnimmt, sondern allein zum Recht auf Schadenersatz zählt [1]. In dieser klaren Trennung des Ersatzgedankens von dem der Buße und in dem Wunsche, in dieser Ersatzklage auch die erlittenen Schmerzen mit abzugelten, scheint der Ursprung jener Schmerzensgeldklage zu liegen, deren Vorstellung ein Schade ist, der wie jeder andere vermögensrechtliche Schade ersetzt werden könne und solle. Gleich Struve rechneten nach ihm noch Samuel Stryck (1690) und J.S.A. v. Böhmer das Schmerzensgeld zum Schadenersatz. Es wurde als ein deutsches Gewohnheitsrecht [2] anerkannt, daß bei Körperverletzungen für erlittene Schmerzen ein Ersatz in Geld zugebilligt werden konnte [3].

Freilich darf man daraus, daß man nun das Schmerzensgeld nicht mehr als Privatstrafe, sondern als eine auf Ersatz gehende Klage ansah, nicht folgern, jenen Juristen sei die Unmöglichkeit einer Herstellung oder gar Wiederherstellung bei immateriellem Schaden - hier den Schmerzen - nicht genügend bekannt gewesen. Aber bei der ganzen Schwierigkeit jener Überlegung, wie man immateriellen Schaden rechtlich berücksichtigen soll, war es doch stets unstreitig, daß die zugesprochene Rechtswohltat die Zahlung eines Geldbetrages sein sollte. Streitig, und nun neu, war nur der Wandel in der dogmatischen Einordnung: Buße oder Ersatz ? Gerade diese trennende Einordnungsalternative sollte die Wurzel jener unglücklichen Regelung werden, die unser heutiges BGB - wovon später zu handeln sein wird - getroffen hat.

Verfolgen wir die Berücksichtigung immateriellen Schadens insbesondere körperlicher Schmerzen in den Partikularrechten weiter, so müssen wir feststellen, daß die Frage, ob ein Schmerzensgeld überhaupt gewährt werden sollte, recht unterschiedlich beantwortet wurde. In Württemberg schließt Art. 14 des Gesetzes von 1839 die Forderung eines Schmerzensgeldes wegen Körperverletzung als "unstatthaft" aus.

---

1) v. Waechter, a.a.O., S. 81.
2) Anscheinend noch in dem Bußgedanken verharrend die Jenaer Diss. von 1886 von F.G. Rumpel: "De pecunia doloris, vom Schmerzensgeld"; v. Waechter, a.a.O., S. 82.
3) v. Waechter, a.a.O., S. 74 und 75; Seuff. Arch. 13, 31. Daßler: "Der Ersatz des Nichtvermögensschadens". (Diss. Leipzig 1936) S. 9 ff.

Das preußische ALR (1794) enthält einen Artikel, der ein billiges "Schmerzensgeld" wenigstens "Personen vornBauern - oder gemeinem Bürgerstand" gewährt[1].

Den auch in dieser Vorschrift zu erkennenden Ersatzgedanken und zugleich die Kritik gegen die soziale Eingrenzung des Anwendungsbereichs bringt Koch [2] in seinem Kommentar zum ALR zum Ausdruck mit den Worten: "Das Schmerzensgeld im Sinne des LR. ist eine Taxe der Schmerzen als solcher; das LR. taxiert damit die Gliedmaßen des gemeinen Mannes wie das RR. die des Sklaven. Der vornehme Mann hingegen ist darin unschätzbar, daher er nichts fordern kann".

3) Zusammenfassung:

Für das germanisch-deutsche Recht läßt sich beim Vergleich mit dem Römischen Recht eine weitgehende grundsätzliche Übereinstimmung feststellen. Immaterieller Schaden - man sah ihn selbständig und in jeder Zufügung materiellen Schadens - zog bei absichtlicher, widerrechtlicher Verursachung eine Buße, der der Strafcharakter deutlich innewohnte, nach sich. Der zivile Deliktsbegriff war mit dem kriminellen identisch. Erst zur Zeit des gemeinen Rechts wurde, so weit nun ein immaterieller Schaden überhaupt noch rechtliche Berücksichtigung fand, der zugesprochene Geldbetrag nicht mehr als Strafe, sondern nach der herrschenden Meinung jener Zeit als Schadensersatz aufgefaßt. Der in dieser gewandelten Anschauung über die Einordnung - Buße oder Ersatz - begründete und bis heute teilweise fortwährende Streit, scheint das wesentliche Ereignis des gemeinen Rechts für das zivilrechtliche Leben des immateriellen Schadens zu sein: die Funktion der bei immateriellem Schaden gewährten Geldleistung war nunmehr nach überwiegender Ansicht Schadensersatz.

---

1) Preuß. ALR, I. Teil, 6. Titel, §§ 112 u. 113.
2) Koch, Kommentar zum ALR Berlin 1852, Erläuterungen zu § 112.
vgl. auch § 1489 des sächs. BGB von 1863 u. § 1325 des österr. ABGB von 1811.

C. Der immaterielle Schaden im Bürgerlichen Gesetzbuch

1) Die Regelung im Gesetz

Das bürgerliche Gesetzbuch anerkennt auch immateriellen Schaden, da sich n seiner Terminologie der Begriff Schaden nicht auf Vermögensschaden allein be schränkt. Eine Antwort auf die Frage, in welchem Umfange immaterieller Schaden berücksichtigt werden soll, gibt die Vorschrift des § 253: "Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden".

Gegenüber den Vermögensgütern enthält diese Vorschrift - das ist unverkennba - eine sehr erhebliche Einschränkung des Schutzes immaterieller Interessen. Denn das Gesetz läßt eine solche Entschädigung in Geld nur in den Fällen des § 847 BGB ("Schmerzensgeld") und des § 1300 BGB ("Deflorationsanspruch"der verlassenen Braut) zu. Darüber hinaus wird immaterieller Schaden zwar auch als Schaden im Sinne des BGB gewertet[1)], doch kann hier ein Schadensausgleich nur - soweit möglich - im Wege der Naturalherstellung erfolgen. Ist diese Naturalherstellung nicht möglich, so entfällt der Anspruch.

Vorschriften außerhalb des BGB, so z.B. die §§ 188, 231 StGB und diejenigen anderer Gesetze [2)] über Möglichkeit einer Verurteilung zu einer Buße bei Beleidigungen, Körperverletzungen und Verletzung der Urheberrechte bleiben jedoch gemäß Art. 32 EGBGB in Kraft [3) 4)].

---

1) Kein immaterieller Schaden ist nach derzeitiger Rechtsprechung des BGH die Genußbeeinträchtigung, falls die Genüsse im Verkehr - ohne gegen Gesetz oder gute Sitte zu verstoßen - nur gegen Entgelt erlangt zu werden pflegen, vgl. BGH-Betrieb 56/644 und 887. Über unzulässige Umwandlung von immateriellen in materiellen Schaden, siehe Seite 27.
2) vgl. LitUrhG. § 40, PatentG § 50, UWG § 26.
3) Die Darstellung der Regelung, die der Nichtvermögensschaden im BGB gefunden hat, wurde hier bewußt kurz gehalten.
   Es kann auf ein sehr zahlreiches Schrifttum, insbesondere auch Dissertationen verwiesen werden
4) Ein näheres Eingehen auf die Situation zu diesem Rechtsgebiet in Mitteldeutschland muß hier ebenfalls unterbleiben. Im BGB, das auch in Mitteldeutschland noch grundsätzliche Geltung beansprucht, sind die §§ 253, 847 und 1300 zwar bisher weiterhin enthalten, jedoch wird die Anwendbarkeit dieser Vorschriften bestritten.
   Im Lehrbuch: "Das Zivilrecht der DDR", Schuldrecht, besonderer Teil, Berlin 1956, S. 551 ist zu § 847 zu lesen: "Es widerspricht unseren moralischen An-

Bevor die Unzulänglichkeit dieser Regelung dargetan werden soll, ist es zu einem grundsätzlichen Verständnis noch erforderlich, zu fragen: Wie kam es zu der Regelung des § 253 BGB ?

2) Wie kam es zu der Regelung des § 253 BGB ?

Um diese doch sehr auffällige Entscheidung des BGB zu verstehen, ist es notwendig, jenen Erwägungen nachzugehen, die die Väter des Gesetzes einst bei Schaffung desselben hegten.

Im gemeinen Recht war es lange streitig, ob nicht jede Leistung aus einem Schuldverhältnis einen Vermögenswert erfordere. Durch die Auffindung des echten Gajus und der durch diesen überlieferten Notiz (Gaj. IV, 48), daß der römische Richter sein Urteil habe auf Geld richten müssen, fand diese Lehre Eingang in die Wissenschaft [1]. Ihering schreibt in seinem Rechtsgutachten[2]:
"Die Notiz von Gajus gab jetzt den Anstoß, das Dogma vom Geldeswert der Leistung in die praktische Iurisprudenz einzuführen und eine Stelle der Pandekten: die von Renaud zitierte L. 9. § 2 de statul. (40, 7): "ea in obligatione consistere, quae pecunia hui praestarique possunt", mußte dazu dienen, denselben einen "quellenmäßigen Anhalt zu liefern".

Diese Lehre hatte zwar zu jener Zeit schon zahlreiche und heftige Gegner [3] [4], und die eigentlichen Gesetzesredaktoren hatten wohl diesen Standpunkt grundsätzlich überwunden. Es ist aber wesentlich, zu erkennen, auf welchem wissenschaftlichen Grund das Gebäude eines Schutzes immaterieller Güter errichtet werden sollte: Selbst die dogmatische Möglichkeit war somit keineswegs eine Selbstverständlichkeit; es war schon jene erste Entscheidung notwendig, daß man grundsätzlich auch dem Zivilrecht nicht nur den Schutz vermögenswerter sondern auch idealer Güter zuordnete.

---

schauungen, erlittene Schmerzen in Geld auszudrücken, ganz abgesehen davon, daß es keinerlei Maßstäbe dafür gibt. Der Anspruch aus § 847 ist deshalb ein ungeeignetes Mittel für den Schutz von Leben und Gesundheit der Bürger".

Zur Anwendbarkeit des § 1300 BGB sagt das OG-DDR in einer Entscheidung vom 4. 9. 1952 - NJ 52/451: "Der Anspruch aus § 1300 BGB verstößt gegen die Verfassung, da er eine Minderbewertung der Frau gegenüber dem Manne zum Ausdruck bringt und damit den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter verletzt. Vgl. auch: LG-Cottbus vom 1. 6. 1951 = NJ 51/424.

1) zu folgendem die Ausführungen Iherings, a. a. O., S. 41 u. 42.
2) Ihering, a. a. O., S. 42. 3) Ihering, a. a. O., S. 49
4) Kohler: "Die Ideale im Recht" (1891) in Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 5 S. 161 ff. (S. 253).

Wesentlich größere Schwierigkeiten bereiteten den Vätern des BGB aber jene Stimmen, die wohl nicht darauf beharrten, daß eine Obligation vermögenswert sein müsse, sondern die das Problem von einer betont ethischen Schau aus betrachteten. Es war also hier nicht mehr die Frage, kann, sondern soll überhaupt Nichtvermögensschaden eine Entschädigung in Geld ermöglichen. Eine Stimme, die das Wort gegen eine solche Entschädigung in Geld richtete, war Hartmann[1], mit dem Satz: Es ist dem tieferen deutschen Sinn widerstrebend, die heiligsten Gefühle in schnödem Mammon abzumessen und jede Kränkung derselben durch eine Geldleistung aufwägen zu lassen". Derselbe Gedanke spiegelt sich auch in den Protokollen wider, wo es heißt [2]: es widerstrebe der herrschenden Volksauffassung, die immateriellen Lebensgüter auf gleiche Linie mit den Vermögensgütern zu stellen und einen ideellen Schaden mit Geld aufzuwiegen. Das bürgerliche Gesetzbuch dürfe diesen, zumal in den besseren Volkskreisen vertretenen Anschauungen sich nicht entgegenstellen und das gegenteilige Prinzip einführen. - Man sollte beim Lesen derartiger zu Papier gebrachter Anschauungen nicht allzu eilig den Vorwurf einer übertriebenen Moralauffassung erheben. Lange [3] erklärte einmal, "das Einstehen für fremden Schaden ist die Schicksalsfrage jeden Rechts". Dem ist voll und ganz zuzustimmen. Eine Rechtsordnung, soweit sie nicht wertneutrale Materien regelt, kann ihre Qualität insbesondere in der Stellungnahme zu der Kollisionssituation des Lebens beweisen. Hier gewinnt sie für den Rechtsgenossen die unmittelbare und bedeutendste Wirkung. Sicherlich ist der Schaden schlechthin aber die Kollisionssituation des Lebens mit zentraler Aktualität. Sollte man in Erkenntnis dieser Bedeutung eines Rechtsproblems an den Anfang der Überlegungen nicht den ethischen Maßstab anlegen ? "Das Recht soll mit dazu beitragen, nicht nur den Menschen glücklich zu machen, sondern auch ihn über sich selbst zu erheben" [4]. So wird man eine derartige Einstellung wohl kaum als sentimentale Regung des moralischen Gewissens unserer deutschen Rechtsgenossen[5] nennen können. Freilich darf eine solche Überlegung nicht als Folge ein lebensfremdes Ergebnis hinterlassen und dieses rechtfertigen, sondern sie muß, wenn es die

---

1) Hartmann: "Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung", Freiburg 1888, S. 364

2) I. S. 622.

3) zitiert bei Esser: "Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts" AcP 148, S. 121 ff.

4) Kohler, a.a.O., S. 162

5) Graf zu Dohna: "Privatgenugtuung" in: "Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländischen Strafrechts", Allg. Teil, 1. Bd., (VDA, I.) S. 237 (zitiert hier Unger)

Lebenswirklichkeit fordert, einen Kompromiß einzugehen bereit sein. Bei der geringen Möglichkeit einer Naturalherstellung immateriellen Schadens würde aber jene ethische Überlegung in ihrer konsequenten Verwirklichung zu einer praktischen zivilrechtlichen Schutzlosigkeit der ideellen Güter führen. Das würde sicherlich der Rechtsordnung in ihrer ethischen Qualität gleichfalls abträglich sein. Der Idealismus des Rechts zeigt sich eben nicht nur im Kampfe mit den Elementen wider die Ethik, er zeigt sich auch in dem Schutze des Ideellen [1]. Wenn Kritik an dem "Standpunkt jener Moralisten" geübt werden mußte, so war sie in dieser Begründung richtig und notwendig. Kohler schreibt deshalb in diesem Sinne zu Recht [2]: "Zu den schlimmsten Irrungen eines einseitigen Idealismus gehört aber der Glaube, daß für eine widerrechtliche Tat zwar Entschädigung, aber nur Entschädigung für sogenannten Vermögensschaden verlangt werden kann". Auch er sieht und anerkennt den zugrundeliegenden idealistischen Gedanken [3], daß das innere Glück nicht für Geld feil sei; "aber es handelt sich ja nicht darum, Lebensgenuß, Ehre, Freiheit zu verkaufen, sie gegen pecuniäre Leistungen preiszugeben, sondern es handelt sich darum, daß sie frevlerische Verletzung erfahren haben, daß infolgedessen ein Gefühl des gestörten Wohlseins eingekehrt ist, und daß man versuchen soll, in die verletzte Seele ein Gefühl des Wohlbefindens zu bringen, welches wenigstens teilweise die erlittene Störung wieder gut machen soll" [4]. Nach Gierke [5] handelt es sich hier ganz einfach um "ein allgemeines Postulat der Gerechtigkeit, das "in besonders dringender Weise Beachtung heischt". Und man kann diese Erwägung auch noch in den Motiven[6] verzeichnet auffinden, wo es wenigstens für das Deliktsrecht heißt, daß "an sich" auch die idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzungen gesichert werden sollten, und es könne dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr sei dem Verletzten geeignetenfalls nach den Postulaten der Gerechtigkeit eine Schadloshaltung zu gewähren. Als auch dieses grundsätzliche Hindernis für die Schaffung einer Norm, die den Nichtvermögensschaden berücksichtigen sollte, überwunden war, stand an sich der Anerkennung eines Entschädigungsanspruches in allgemeiner Form wegen Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses nichts mehr im Wege. Doch da trat ein Mißtrauen gegen den deutschen Richter, besser gegen

---

1) Kohler, a.a.O., S. 250 2) Kohler, a.a.O., S. 255

3) Kohler, a.a.O., S. 257, ähnlich Ihering: a.a.O., S. 44.

4) vgl. hierzu auch Baur: "Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts," Diss. Tübingen 1935, S. 33

5) O. v. Gierke: "Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht", Leipzig 1889, S. 197.

6) II, S. 22.

den deutschen Zivilrichter auf, das schließlich zu der engen Fassung des § 2 BGB Anlaß gab: durch eine allgemeine Anerkennung würde dem Richter eine "dem deutschen Recht fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem St verhältnis beigelegt, welche erst bei der Beratung der ZPO nach reiflicher Pr fung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen worden sei" 1). Die Begründung für die kasuistische Fassung erfolgte also mit dem Hinweis darauf, sich für das erforderliche Ermessen des Richters anhaltgebende Schranken kau aufstellen lassen würden. Man befürchtete eine allzugroße Freiheit des richte lichen Ermessens. Kritik blieb nicht aus, naheliegend war natürlich der Verw auf den Strafrichter 2), der zwischen einem Tag und 5 Jahren Gefängnis, zwi schen einem Jahr und 25 Jahren Zuchthaus, zwischen 150 und 15000,- Mark Geldstrafe das im konkreten Fall gerechte Maß finden soll. Endlich wurde auch gefragt, ob man lieber eine offenbare Ungerechtigkeit in Kauf nehmen oder dem deutschen Zivilrichter besser ein Vertrauen schenken wolle, das do wenn einmal in der untersten Instanz getäuscht, in höherer Instanz immer no korrigiert werden könne 3). Aber allen kritischen Stimmen sagte man 4), daß dem Hauptbedürfnis durch die von dem BGB ausnahmsweise gewährten Möglic keiten, welche besonders geeignet gewesen wären, Genüge getan worden sei. Außerdem wurde auf die Vorschriften des StGB über die Buße und die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums hingewiesen. Für obligatorische Verpflichtungen könne im übrigen ja eine Strafe ausbedunge werden.

Die hier vorgetragenen Gedanken tragen in besonderer Klarheit und Schärfe "die geistige Signatur der weltanschaulichen und sozialen Lage des 19. Jahrhunderts" 5). Wie das Schadensrecht des BGB im Ganzen, so ist auch das normgewordene Produkt jener Zeit zum Schutz immaterieller Interessen gekennzeich net durch die Enge, die die Angst vor richterlicher Gestaltung verrät. Doch kein abwertendes Urteil sollte die Folge sein. Gerade die zum Teil sehr heftig vorgetragenen Argumente gegen eine Berücksichtigung immateriellen Schadens überhaupt mögen in erster Linie Verständnis und dann nicht zuletzt Anerkennun für die Schöpfer des § 253 BGB wecken. Diese so gefundene Anerkennung kann kein Hindernis für notwendige Kritik bedeuten.

---

1) Haidlen: "Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten", 1. Bd. Stuttgart 1897, Erl. zu 25 ferner: Motive II, S. 21 und 22.

2) vgl. Hartmann: a. a. O., S. 363; Kohler, a. a. O., S. 263. 3) Hartmann: a. a. O., S. 3

4) Motive zu dem Entwurf eines BGB für das dtsch. Reich. Bd. II, Recht der Schul verhältnisse" -amtl. Ausg. Berlin u. Leipzig 1889, S. 21, 22 zu 221; Haidlen, a. a. O., Erl. zu § 253.

5) Esser, a. a. O., S. 121

3. ABSCHNITT

DIE UNHALTBARKEIT DES § 253 BGB

A. Die zu kritisierende Enge

1) Schutz nur im Deliktsrecht - für einzelne Persönlichkeitsgüter -

§ 253 BGB gewinnt seine praktische Bedeutung neben § 1300 BGB in der Vorschrift des § 847 BGB. Danach können zwar bei allen [1] Deliktstatbeständen der §§ 823 ff. BGB Ansprüche auf "eine billige Entschädigung in Geld" entstehen. Doch ist Voraussetzung, daß sich die unerlaubte Handlung entweder als eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, als eine Freiheitsentziehung oder als eine Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre erweist. In der Regel des § 847 BGB werden die Grenzen der Anwendung positiv also auf zweierlei Art einengend gezogen: zunächst bezieht sich § 847 BGB nur auf das sogenannte "zivile Unrecht", d.h. auf die Deliktstatbestände des BGB. Sodann wird die Geldentschädigungspflicht auf einzelne Persönlichkeitsgüter, nämlich Körper, Gesundheit, Freiheit und weibliche Geschlechtsehre beschränkt. Gerade in letzterer Beschränkung wird die unglückliche und heute nicht mehr haltbare Lösung, die das BGB mit den §§ 253 u. 847 anbietet, besonders deutlich. Weite, und im täglichen Leben keineswegs untergeordnete Rollen spielende Bereiche der Persönlichkeit, bleiben trotz besonderem, in der Verfassung garantiertem umfassenden Persönlichkeitsschutz zivilrechtlich ohne entsprechende Schutzvorkehrungen. Die kasuistische Aufzählung der gegen immaterielle Schäden geschützten Güter verhindert einen entsprechenden Schutz sonstiger Persönlichkeitswerte. Hier sind vor allem als ungeschützt zu nennen: die Ehre, der Ruf, der Geheimbereich des Privatlebens und auch der Privatkorrespondenz, das sittliche oder religiöse Gefühl, der Familienfrieden, die Arbeitskraft, die berufliche oder wirtschaftliche Freiheit. Insbesondere ist es das höchstpersönliche Gut der Ehre, das infolge des de lege lata nur geringen Schutzes durch Gewährung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 823, II BGB in Verbindung mit §§ 185 ff. StGB, § 824 BGB, sowohl Rechtsprechung als Lehre auf die Enge des § 847 BGB im besonderen aufmerksam machte und nach Abhilfe dieser Rechtsschutzlücke suchen ließ. Die Versuche der Rechtsprechung, einen verstärkten Schutz immaterieller Güter auch im BGB zu gewährleisten, wurden deshalb auch meist - wie später zu zeigen sein wird - in Fällen unternommen, in denen ein Angriff gegen die Ehre vorlag.

---

1) vgl. Palandt 17. Aufl., Anm. 1 zu § 847, für §§ 829 (823-826): RG 169/394 (395). § 831: RG 99/263 (264); § 833: RG 50/244 (252-253); § 839: RG 113/104 (106); dagegen keine Anwendung im Haftpflichtgesetz, StVG, LuftVG, ebenso nicht in Eisenbahn-VO, sofern nicht gleichzeitig eine unerlaubte Handlung vorliegt.

2) Kein Schutz im Vertragsrecht des BGB

Man wird die Enge des § 847 BGB besonders gewahr, wenn man seinen Anwendungsbereich nicht nur positiv beschreibt, sondern auch negativ festhält, daß ne Ansprüche wegen immateriellen Schadens aus dieser Norm im gesamten Vertragsrecht [1] des BGB möglich sind. Der Wortlaut des § 253 BGB ergibt dies eindeutig. Die von Heck in seinem Lehrbuch gebildeten Beispiele [2] mögen den auftretenden Mangel illustrieren und vor allem zeigen, in welcher Häufigkeit auch im Vertragsrecht immaterielle Schäden schuldhaft zugefügt werden könn ohne daß dem Verletzten ein gesetzlicher Schutz zu Hilfe kommt: "Der Miete der durch die Mängel der Wohnung sich ein schmerzhaftes rheumatisches Leide zugezogen hat, darf kein Recht auf Schmerzensgeld geltend machen" oder: "Wenn mitten im Winter der Ofen infolge eines verschuldeten Mangels versagt dann kann er kein "Friergeld" beanspruchen, auch dann nicht, wenn von Seite des Vermieters Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Heck[3] meint zu d ser Rechtssituation: "Es ist schlechthin nicht einzusehen, weshalb diejenige V gütung, die bei einer leichten außerkontraktlichen Verletzung sittlich zulässig ist, auch bei dem schwersten Vertragsbruch unzulässig sein sollte". In der Tat ein einleuchtender Grund für diese Regelung nicht zu erkennen[4]). Es kann nur Argument am Rande sein, wenn darauf verwiesen wird, daß vertragsschließend Parteien entweder eine entsprechende Vertragsstrafe aufnehmen oder aber eine ausdrückliche vertragliche Abrede für den Fall der Zufügung immateriellen Sc dens treffen können. Derartige Abreden mögen in einzelnen Fällen zweckmäßi

---

1) Palandt, Anm. 1 zu § 847; auch nicht im Falle des § 618 BGB (RG 113/287). 99/263, ferner: RG JW 28, 2210. Allerdings ist dem geltenden Recht eine Berücksichtigung nichtvermögensrechtlichen Schadens im Vertragsrecht außerhalb des BGB nicht unbekannt. Das zeigt das sog. "Soziale Schmerzensgeld" nach § 7, 8 KSchGes. Danach erhält der Arbeitnehmer eine "Abfindung", weg Aufgabe seines "sozialen Besitzstandes" trotz sozial ungerechtfertigter Kündigung. Ein materieller Schaden muß dem Arbeitnehmer dabei garnicht erwach sen, weshalb diese Abfindung weder als Lohn noch als Schadenersatz zu verstehen ist. Diese Abfindung soll die durch die sozial nicht gerechtfertigte En lassung verursachten Unannehmlichkeiten vergüten, vgl. Nikisch: "Arbeitsrech I. Bd. Tübingen 1955, S. 641, ferner: Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kün digungsschutzgesetz, 4. Aufl. Heidelberg 1958, Anm. 1 zu § 8; LAG Düsseldorf in: "Betrieb", 1954, S. 416.

2) Heck: "Grundriß des Schuldrechts", Tübingen 1929, § 18 Ziff. 4

3) Heck: a. a. O., § 18, 5; in gl. Sinne Baur: a. a. O., S. 21

4) So Enneccerus-Lehmann: "Schuldrecht" 15. Bearb. § 18, V. Schlegelberger-Vogels, I. Anm. 2/253; vgl. ferner: RG 112/294; RG 65/17 und JWRG 1910,

und möglich sein [1], in das alltägliche Vertragsleben aber können solche Klauseln sicherlich keinen Eingang finden, da sie zu kompliziert und lebensfremd wären. Es widerspricht allgemeiner Auffassung von Vertragspartnern jedes Vertragsverhältnis - man muß hier z.B. an den Gemüseeinkauf der Hausfrau oder an den Werkvertrag mit dem Schneider denken - zunächst mit einer Mißtrauen verratenden Klausel zu belasten. Nur nebenbei sei vermerkt, daß derartige Abreden sowieso nur dem Grunde nach erfolgen könnten [2]. Auf diesem Wege kann der Enge des § 253 BGB im Alltag des Vertragsrechts nicht begegnet werden.

3) Geringe Möglichkeiten einer Naturalherstellung

Die Beschränkung, die § 253 BGB vornimmt, verliert ebenso nicht an praktischem Einfluß durch die zweifellos stets rechtstheoretisch gegebene Möglichkeit einer Naturalherstellung auch bei immateriellem Schaden. Soweit eine solche möglich ist, besteht hierauf uneingeschränkter Rechtsanspruch gemäß § 249 BGB [3]. Die Eigenart des immateriellen Schadens lässt jedoch eine Naturalherstellung nur in den seltensten Fällen zu. Und in Wirklichkeit handelt es sich in diesen seltenen Fällen auch nicht um eine echte Naturalherstellung, sondern mehr um einen einfachen Versuch des Ausgleiches, der Wiedergutmachung. Bedeutung erlangt eine derartige Naturalherstellung eigentlich nur im Bereich der Ehrverletzungen [4].

Die 'äußere' [5] Ehre, unter der man die Achtung, Hochschätzung der Umwelt, das

---

S. 112, Nr. 13.

1) Sie sind selbstverst. auch zulässig: vgl. BGH v. 12.7.55: "... daß das Gesetz Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens nur ausnahmsweise gewährt, bedeutet kein Verbot u. keine sittl. Mißbilligung freiwilligen Ersatzes solchen Schadens in anderen Fällen".
2) vgl. Vers. R. 51/58.
3) Wussow DRZ 50/272, vgl. auch Heck: § 18, Zif. 4 a. a. O.
4) Zur Rufreparation vgl. Wendt: "Einige Bemerkungen zur Rufreparation des Ehrverletzten", DRZ, 1950/554. Wendt kritisiert hierbei auch das Urteil des OGH Köln, OGHZ 1, 182 ff. (MDR 49/100) vom 1.10.1948, das sich vor allem mit der Gefahr einer Demütigung des zum Widerruf Verurteilten befaßt. Vgl. auch BGHZ 10, 104 ff, : Kein Widerruf unter vier Augen und kein Widerruf bei Formalbeleidigung. Ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch, "auf Widerruf des Schimpfwortes" besteht nicht. - Es blieb ständige Rechtsprechung, daß demütigende Handlungen nicht verlangt werden können. - Zur Herstellung bei Ehrverletzungen noch: Helfritz: "Der geschichtliche Bestand u. die legislative Verwertbarkeit von Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung" (1905).
5) Die "äußere" Ehre ist zu trennen von der "inneren", bei der es keiner Natural-

Ansehen, das man in der Welt genießt, verstehen muß, kann bei Verletzung gehend wiederhergestellt werden. Eine Rehabilitierung kann erfolgen. Bei ein beleidigenden Äußerung - schriftlich oder mündlich - erfolgt die Herstellung durch Widerruf, Abbitte oder durch eine Ehrenerklärung [1]. Die Verletzung d eine unwahre, diffamierende Behauptung kann durch ein ausdrückliches Deme wieder gutgemacht werden. Ist ein rufschädigendes Plakat ausgehängt, so kan der Urheber zur Wegnahme verurteilt werden.

Solche und ähnliche Maßnahmen sind aber für die übrigen Gebiete der immat ellen Güter nicht zu verwenden. Es bleibt deshalb bei der Feststellung, daß di Möglichkeiten einer Naturalherstellung bei immateriellen Schäden nur verhä nismäßig gering sind. Bekräftigt wird dadurch aber auch nochmals die Feststel lung, daß § 253 BGB in der Praxis des Rechtslebens eine derart einschneidende Beschränkung des Persönlichkeitsschutzes darstellt, daß im Deliktsrecht wesen liche Persönlichkeitsgüter und im Vertragsrecht immaterielle Güter im Grund satz überhaupt schutzlos verbleiben. Wie Rechtsprechung und Lehre diese sch frühzeitig erkannte Lücke auszufüllen versuchten, soll aus folgendem ersehen werden:

B. Bisherige Versuche der Rechtsprechung und der Lehre, aus der Enge des § 253 BGB herauszukommen.

I.

1) Analogie

Der klare Wortlaut des Gesetzes, und der aus ihm erkennbare Wille des Gesetzgebers, wonach immaterielle Schäden nur ausnahmsweise zu zivilrechtlichen Ansprüchen berechtigen sollten, stand dem Gedanken einer ausdehnenden Anwe dung (Analogie) insbesondere des § 847 BGB lange Zeit entgegen. Es waren vor

---

zu trennen von der "inneren", bei der es keiner Naturalherstellung bedarf, da sie garnicht von der Außenwelt her verletzbar ist. Über diese Ehre ist jeder Mensch sein eigener Richter. Bismarck meinte einmal nur diese "innere" Ehr wenn er in der ihm eigenen Sprache sagte: "Meine Ehre ist mein Eigentum, ic gebe mir selbst soviel davon, wie ich davon verdient zu haben glaube u. ver zichte auf jede Zugabe".

1) vgl. RGZ 60, 19; 88, 133; 97, 393; 148, 122; OGHZ 1, 92.

allem Fälle von Ehrverletzungen beidenen wohl eingeräumt wurde, daß "kaum eine Ehrverletzung nicht auch eine, wenn schon nur vorübergehende, Störung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Verletzten mit sich bringt", aber mit einer anderen Gesetzesauslegung verlöre die durch die Beschränkung auf Freiheit, Körper und Gesundheit zum Ausdruck gebrachte Versagung eines Schmerzensgeldanspruches bei Ehrverletzungen jede Bedeutung [1]. Mit der hier vorgenommenen Argumentation gegen eine Gesetzesanalogie zu § 847 BGB, daß eine Ausnahmebestimmung eine sinngemäße Anwendung verbiete, war eine analoge Anwendung auch im Vertragsrecht unmöglich gemacht [2]. Dieses Ergebnis steht formal im Einklang mit den Regeln der Gesetzesinterpretation: Analogie setzt eine Lücke im Gesetz voraus; "das Gesetz hat aber den Konflikt zwischen Schädiger und immateriell Geschädigtem nicht etwa übersehen, sondern gesehen und geregelt, und zwar so, daß der nichtvermögensrechtliche Schaden nur in den vom Gesetz besonders aufgeführten Fällen gewährt wird [3]."

Eine Lockerung eines strengen Analogieverbotes muß jedoch eintreten, wenn eine Norm im Laufe der Zeit eine Beurteilungsänderung erfährt in Bezug auf diejenigen wesentlichen geistigen und materiellen Grundlagen, auf denen sie erkennbar beruht [4]. Solches ist mit § 847 BGB geschehen. Jene schon früher vorgetragenen Bedenken der Väter des BGB gegen eine weitere Berücksichtigung immaterieller Interessen, die zur Enge der geltenden einschlägigen Vorschriften geführt haben, werden heute in weitem Umfange nicht mehr geteilt. Zwar ist, was insbesondere die ethischen Überlegungen gegen die Geldanspruchsgewährung für ideelle Schäden betrifft, keine Abwertung derselben, vielmehr eine Umwertung eingetreten. Die Gesellschaft nimmt es heute als angemessen an, es wird heute als "sozial-adaequat" empfunden, daß der Nichtvermögensschaden über die in § 847 BGB schon enthaltenen Güter hinaus u. a. auch zu Geldansprüchen berechtigen soll. Nicht zuletzt ist die Verfassung mit ihren Art. 1 und 2 eine fördernde Kraft zu dieser neuen Auffassung geworden. Aus dieser Entwicklung heraus ist es zu begreifen, wenn die neuere Rechtsprechung das bisher so unüberwindlich scheinende Analogieverbot [5] plötzlich zumindest in Einzelfällen unbeachtet ließ und, mit der überkommenen Rechtsprechung brechend, eine vorsichtige Analogie zuläßt. Das die Wende bedeutende Urteil des BGH vom 14. 2. 1958 [6] hatte über den Anspruch auf ›Entschädi-

---

1) vgl. RG 140, 392 (395) und RG 142, 116 (122).
2) vgl. RG 112, 294.
3) vgl. Reinicke, MDR 1947, 220: "Zur Frage des Ersatzes immateriellen Schadens".
4) vgl. Jagusch, "Rechtsnorm und Normsituation", SJZ 1947/296.
5) so noch BGH 20, 345 (353).
6) BGH 26, 349 ff. (Okasa-Urteil) vgl. DRiZ 1958/150 und Coing: JZ 58/558 (560).

gung' wegen unbefugter Benutzung eines Lichtbildes zu Reklamezwecken zu
scheiden. Nachdem zunächst festgestellt worden war, daß ein Anspruch nach
§ 823, II BGB i.V. mit § 22 KUG nicht begründet sei, da der Kläger nie zu
Bildveröffentlichung eingewilligt habe, wies das Gericht darauf hin, daß in
heit kein Vermögensschaden, sondern ein immaterieller Schaden, nämlich
Eingriff in die durch § 22 KUG, Art. 1 und 2 GG geschützte Persönlichkeitssp
geltend gemacht werde. Es habe eine Verletzung des seit BGH 13, 334 u. BG
24, 12 bereits als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823, I BGB anerkannten al
meinen Persönlichkeitsrechts vorgelegen, und in einem solchen Falle könne a
die Regelung des § 847 BGB angeknüpft werden: "Begründet die schuldhafte E
ziehung der körperlichen Freiheit einen Anspruch auf Ersatz des ideellen Scha
dens, so ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es hindern könnte, die in
§ 847 BGB getroffene Regelung im Wege der Analogie auch auf solche Eingriff
zu erstrecken, die das Recht der freien Willensbetätigung verletzen". Dies Er-
gebnis jüngster Rechtsprechung ist zwar zu begrüßen [1], doch kann es sich nu
eine Notlösung handeln. Es bleibt, solange § 253 BGB seine gegenwärtige Fas
behält, ein klarer Verstoß gegen den Gesetzeswortlaut und den darin zum Aus-
druck gelangenden Grundsatz.

2) Negatorischer Rechtsschutz

Einen anderen Weg war die Rechtsprechung gegangen, wenn sie einen höheren
vilrechtlichen Schutz gesetzlich nicht aufgezählter ideeller Güter, wie beson-
ders der Ehre, des Rufes, des Kredits und Fortkommens, durch Gewährung von
"negatorischem" Schutz erreichen wollte. Verlangte das Reichsgericht zunächst
noch ein Verschulden, da es die Unterlassungsklage aus dem Deliktsrecht herlei
tete, so verzichtete es mit der Stützung der negatorischen Ansprüche auf die
§§ 12, 862, 1004 BGB auch auf ein Verschulden. Diese Praxis führte bei Ehren-
kränkungen und Kreditschädigungen zu einem zivilrechtlichen Schutz, der über
die strafrechtliche Verfolgbarkeit hinausging und infolgedessen auch durch § 82
II BGB nicht mehr gedeckt ist [2]. Die jüngste Stufe der Entwicklung war schließ
lich die in Rechtsanalogie zu den genannten Vorschriften anerkannte vorbeu-
gende Unterlassungsklage. Diese soll zulässig sein, wenn ein künftige

---

1) Schon vor dieser Entscheidung des BGH waren es einzelne Stimmen, die eine
analogen Anwendung des § 847 BGB zustimmten; vor allem unter Hinweis au
die in das Grundgesetz und zahlreiche Länderverfassungen aufgenommenen B
stimmungen über den Schutz der Persönlichkeit. vgl. Enneccerus-Nipperdey:
Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbb., 14. Aufl. Tübingen 1952, § 94, I
sowie Coing bei Staudinger I, a. a. O., Vorbem. 22, 28.

2) vgl. zur Entwicklung der negatorischen Ansprüche im immateriellen Bereich

rechtswidriger Eingriff in die durch Schutzgesetze im Sinne des § 823, II BGB geschützten Güter abgewehrt werden soll. Diese vorbeugende Unterlassungsklage wurde dementsprechend auch bei Ehrverletzungen gewährt, wenn ein objektiver rechtswidriger Eingriff vorlag und Wiederholung zu befürchten war, oder aber ein erstmaliger Eingriff ernstlich und unmittelbar bevorsteht [1].

Auch der Entwurf des BJM zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sieht an Stelle des allein dem Namensschutz regelnden § 12 BGB mit den neuen §§ 12-20 einen allgemeinen Schutz der Persönlichkeit für den Fall widerrechtlicher Beeinträchtigung vor. Durch Gewährung negatorischer Ansprüche soll - ohne Rücksicht auf Verschulden - Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr Unterlassung verlangt werden können.

3) Umwandlungsversuche von immateriellem in materiellen Schaden

Es ist weniger ein "Lösung", als vielmehr ein stillschweigendes Ausweichen vor dem Gesetz, wenn man die Enge des § 253 BGB dadurch vermeiden will, daß ein immaterieller Schaden als materieller Schaden angesehen wird. Eine derartige Umwandlung praktizierte neben anderen Gerichten einmal das LG Dortmund [2] in folgendem Rechtsstreit: der Kläger hatte sein Fahrrad zur Aufbewahrung gegeben; durch des Verwahrers Verschulden wurde es entwendet. Der Kläger mußte mehrere Monate die Wege zu seiner Arbeitsstätte zu Fuß zurücklegen, wodurch er täglich 2 Stunden benötigte, die er von seiner Freizeit abzog. Der Kläger verlangte hierfür Schadenersatz, da er für die durch die Fußmärsche aufgewendete Arbeit Vergütung verlangen könne. Das Landgericht entsprach der Klage.

Ganz abgesehen davon, daß hier ein irrtümlicher Schadensbegriff verwendet wird[3],

---

Wendt, a. a. O., S. 554 ff; Boehmer: "Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung," 1. Buch Tübingen. 1950, S. 28 und 29.

1) Die Ausgangsentscheidung bildete RGZ 60, 6, der eine ständige Rechtsprechung folgte, vgl. RGZ 116, 151; 140, 392; 142, 116; 156, 372; 166, 150 sowie BGH NJW 51, 352; 1952/417.

2) vgl. Reinicke, MDR 1947, 220, kritisch hierzu Withake, "Arbeit in der Freizeit als Schadensersatzproblem" NJW 47/48, 337.

3) vgl. Withake, a. a. O., S. 337, der richtig ausführt, daß der Schaden nicht in einer Tätigkeit bestehen kann ... Die Arbeit, die der Geschädigte nach dem Verlust seines Fahrrades für die Fußwege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte aufwendet, ist lediglich Erscheinungsform der Schadensbeseitigung, nicht aber der Schaden selbst. Dieser besteht vielmehr neben dem Verlust des Sachwertes Fahrrad in der Einbuße der Möglichkeit der Benutzung des Rades.
Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des BGH vom

ist der Umwandlungsversuch ein recht erzwungener und nicht überzeugend. A
Zweckerwägungen kann die Natur eines Schadens keine andere werden. Zwar
können solche Versuche, vom Ergebnis her gesehen, billig erscheinen; trotzde
darf der Weg dahin kein unzulässiger [1], wie hier, sein. Das Gesetz hat nun
einmal zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden geschieden. An die
Unterscheidungen ist der Richter gebunden. Deshalb ist eine Verwischung der
Grenzen durch oberflächliche "Umwandlungsversuche" auch als "Notlösung" n
sachdienlich und somit abzulehnen.

II. Die Versuche sind unbefriedigend - Gesetzesreform ist notwendig

Alle obigen Versuche der Rechtsprechung sind auf die Dauer nicht geeignet, v
bindliche Regeln des Rechtslebens zu sein. Sie sind zum Scheitern verurteilt,
sie zunächst dem im Gesetz eindeutig niedergelegten Grundsatz widerspreche
Sodann sind sie, von den negatorischen Ansprüchen abgesehen,- in der Konstr
tion zum Teil verfehlt.

Angesichts dieser Gesamtsituation, in der einerseits die Unzulänglichkeit des
§ 253 BGB und damit die des § 847 BGB klar gesehen und anerkannt wird, und
andererseits die bisher angebotenen Behelfe der Rechtsprechung als unbefriedi-
gend, allenfalls als Überbrückungen betrachtet werden können, mußte an eine
grundsätzliche Änderung vor allem des § 847 BGB gedacht werden. Den Maßsta
der Verfassung anzulegen, ist hier zwar der am meisten zu empfehlende Ausgan

---

7.5.1956: hier trat der Kläger mit seiner Ehefrau eine Seereise ab Rotterdam
zu den Kanarischen Inseln an. Infolge einer Amtspflichtverletzung des Zollan
kam der Koffer mit der Kleidung nicht rechtzeitig an Bord und mußte später
auf dem Luftwege nachgesandt werden. Die "Beeinträchtigung der Erholung"
wurde vom BGH als materieller Schaden gewertet: die erstrebte Erholung, für
die der Kläger Geld hingegeben habe, sei dadurch empfindlich gestört worden
daß der Kläger und seine Ehefrau ohne Koffer, nicht in gewohnter und angeme
sener Weise Wäsche und Kleidung wechseln konnten. Bei dem mit der Seerei
erstrebten und normalerweise erzielten Genuß handele es sich nicht um einen
lediglich ideellen (immateriellen) Wert, vielmehr sei ein solcher durch entspr
chende Vermögensaufwendungen "erkaufter" Genuß in gewissem Umfange kom
merzialisiert, sodaß eine Beeinträchtigung dieses Genusses auch eine Beeinträ
tigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten - vermö-
genswerten- Äquivalents darstelle. Hierzu noch NJW 56, 1234 ff.; vgl. auch Be
trieb 1956, 644 und 887, Larenz, a. a. O., 1. Bd. 2. Aufl. München-Berlin 1957.
S. 119 Fußn. 1.

1) So Reinicke in NJW 51/374 (zu Nr. 38).

punkt [1]. Doch darf dieser Vergleich mit den Grundnormen unserer Rechtsordnung nicht dazu führen, daß § 253 BGB und damit die §§ 847, 1300 BGB selbst ersatzlos gestürzt werden [2]. Das wäre ein unnötiges Zuviel und würde, da nur Negation beinhaltend, die Problematik ansich, inwieweit immateriellen Gütern ein zivilrechtlicher Schutz zukommen soll, nur verschieben, wenn nicht ganz unberührt lassen. Deshalb ist es richtig, wenn - soweit das Deliktsrecht in Frage steht - de lege ferenda - vor allem an eine Ergänzung des Tatbestandes von § 847 BGB gedacht wird [3]. Aber nicht nur eine großzügigere Anerkennung immateriellen Schadens im Bereich der unerlaubten Handlungen, sondern auch bei Vertragsverletzungen müssen bei Anwendung der Art. 1 und 2 GG auf das Privatrecht, zumindest in gewissem Umfange, immaterielle Güter Schutz erfahren.

III. Vergleich mit anglo-amerikanischem Recht kann Anhalt bieten.

Die vergleichende Heranziehung desselben Rechtsgebietes im anglo-amerikanischen Recht, wie sie hier im folgenden vorgenommen werden soll, mag für die Reformüberlegungen Gesichtspunkte beitragen. Das anglo-amerikanische Recht, d.h. die Spruchpraxis der anglo-amerikanischen Gerichte zeigt, daß eine Anerkennung der Haftung für immateriellen Schaden in einem erheblich weiterem Umfange als im deutschen Recht durchaus dem Rechtsbewußtsein eines hochentwickelten Kultur-Volkes entsprechen kann. Dann soll der Vergleich jenen Bedenken, die in der "Unwägbarkeit" immateriellen Schadens eine absolute Schranke sehen, begegnen. Er soll hierzu zeigen, daß die Rechtsprechung bei der Festsetzung der Geldbeträge für körperliche oder seelische Leiden keineswegs letztlich einer gewissen Willkür anheimfallen muß, sondern daß ein dem Gericht entgegengebrachtes Vertrauen korrespondierend mit einem verantwortungsvollen richterlichen Ermessen zu Ergebnissen führt, die in aller Regel als billig und gerecht angesehen werden müssen.

Das Hauptanliegen des einführenden Blickes in das anglo-amerikanische Recht soll jedoch der Hinweis auf die Auffassung sein, die das anglo-amerikanische Recht zu der Funktion jener Geldbeträge hat, die es in Fällen immaterieller Schäden gewährt. Nicht Schadenersatz allein, sondern ebenso Strafe wie Genugtuung

---

1) So Coing bei Staudinger, a. a. O., Vorbem. 18 vor § 1; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 78, I, 2; über die Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte: BVerfGE 7. 206 = JZ 58/120.
2) So Nipperdey auf dem Juristentag 1957.
3) vgl. Neumann-Nipperdey-Scheuner; a. a. O., S. 46 (Imm. Schaden); Hubmann, a. a. O., S. 250; Seng, a. a. O., S. 244.

kann der Zweck sein. Dieser mehrfach begründete Zweck des zu gewährenden Geldbetrages überwindet das oft zutage tretende menschliche Unvermögen, immateriellen Schaden wie Vermögensschaden zu messen und dann entsprechend zu "ersetzen". Hierin kann ein Schlüssel zu einer Lösung für das deutsche Recht gesehen werden, das bisher garnicht oder nur zaghaft - und dann auch nur in der Rechtsprechung - vermocht hatte, sich vom überkommenen Denken des "Ersatzes" auch immateriellen Schadens zu trennen.

Das deutsche Recht wird für den Bereich des immateriellen Schadens unglücklich beherrscht von der Alternative "Ersatz" oder "Buße". Das anglo-amerikanische Recht zeigt, daß ein "tertium datum est".

4. ABSCHNITT

VORAUSSETZUNGEN UND FORMEN DER ENTSCHÄDIGUNG FÜR IMMATERIELLEN SCHADEN IM ANGLO-AMERIKANISCHEN RECHT

A. Vorbemerkung

Das englische Recht und im besonderen das englische Privatrecht, das durch seine Übung nicht nur im Mutterland, sondern auch in weiten Teilen des Common Wealth - ähnlich dem römischen Recht - die praktische Bedeutung eines Weltrechts [1] erlangt hat, verdient bei Reformbestrebungen anderer Rechtsordnungen stets Beachtung. Uns Deutsche verbindet aber der durchaus germanische Ursprung [2] und der durch alle Geschichte erhalten gebliebene germanische Charakter des englischen Rechts im besonderen mit der englischen Rechtsordnung. Trotz dieser an sich nahen Verwandtschaft mit dem englischen Recht, kamen der deutsche und der englische Rechtsbereich erst während jüngster Vergangenheit in der Wirklichkeit des Rechtslebens in erwähnenswerte Berührung [3].

---

1) vgl. Pound: "Der Geist des gemeinen Rechts". (Deutsch: Rickmers), 1947, S. 13
Heymann: "Überblick über das englische Privatrecht", in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft" hrsg. v. Holtzendorff-Kohler, 7. Aufl. 2. Bd., 1914, S. 283.
Phillips: "A first book of English law", London 1955, S. 3

2) Pound: a. a. O., S. 19 u. 20.

3) Erdsiek: MDR 1947/192.

Daß sich englisches und deutsches Recht bislang im Alltag des Rechts doch fremde Welten blieben, dafür könnten mancherlei Gründe, sicherlich auch geographischer und politischer Natur angeführt werden. Alle diese Gründe werden aber übertroffen durch das grundverschiedene Rechtsdenken in den beiden Rechtsordnungen. Der dem Engländer zukommende Tatsachensinn bricht auch in seinem Rechtsdenken durch. Er liebt es nicht, "Entschlüsse zu gründen auf die Erwartung künftiger Tatsachen - er läßt die Tatsachen an sich herankommen, um sich erst dann zu entscheiden, wenn sie da sind" [1]. So wird in England grundsätzlich der Einzelfall der Anlaß zum Rechtssatz, während im deutschen Rechtskreis Recht aufgrund der Gesetze und des Geistes der Gesetze geschaffen wird. Hier ist der Gesetzgeber, dort der Richter der eigentliche Träger des Rechts[2]. Deshalb wird auf die Frage: Was ist Recht ? der Deutsche antworten: "Was in den Gesetzen steht", der Engländer: "Was in den Gerichten meines Landes gesprochen wird"[3].

Die seit Jahrhunderten tätige schöpferische Judicatur Englands - nunmehr im Verein mit der der USA - kann jedoch ein Zeugnis dafür geben, wie eine in erster Linie auf Rechtsprechung beruhende Rechtsordnung - das case law - praktisch, entwicklungsfähig und zugleich von einer bewundernswerten Feinheit in der Behandlung eines Einzelproblems sein kann. Diese Qualitäten des englischen Rechts, die auch nicht durch einzelne historisch bedingte Rechtsidylle gemindert werden, können und sollten aber für eine Rechtsreform Anregung bieten. "Wenn wir die Rechtsvergleichung für die Rechtsreform ausnutzen wollen, so kann es sich immer nur um Anregungen handeln, nicht einfach fremdes Recht zur Übernahme zu empfehlen. Denn hinter den Einrichtungen steht der fremde Volksgeist, im einzelnen schwer faßbar, mit allgemeinen Formeln nie ganz richtig zu beschreiben, und doch auf Schritt und Tritt spürbar ..."[4]

Der in dieser Arbeit zu unternehmende Versuch, die Behandlung eines gesonderten Teils des Schadensrechts im anglo-amerikanischen Recht im Wege der Rechtsvergleichung für eine Rechtsreform zu nützen, wird diesen Gedanken deutlich bestätigen.

B. Der Aufbau des anglo-amerikanischen Schadensrechts

Das anglo-amerikanische Schadensrecht (the law of damages) ist die Gesamtheit

---

1) Radbruch: "Der Geist des Englischen Rechts", Göttingen, 1956, S. 8, 9.

2) Radbruch, a.a.O., S. 8. 3) Erdsiek, a.a.O., S. 192.

4) so de Boor, a.a.O., S. 3.

der Vorschriften (rules), Regeln (standards) und Methoden, die von den Gerich ten angewandt werden, um Ausgleich (compensation) für Verluste (losses) und Verletzungen (injuries) zu gewähren [1]. Die Quellen des Schadensrechts sind sowohl das common law als auch die sogenannte equity und, wenngleich in geringerem Umfange, das statute law.

Die meist vorgenommene grundsätzliche Einteilung des law of damages baut a einem Aktionensystem auf, das seinerseits zerfällt in actions real, actions mixed und personal actions[2]. Die Klagen nur auf Schadenersatz gehören zu der personal actions, die ganz allgemein dem Schutze des Personalvermögens, materiell und immateriell (personal property und personality) dienen. Die personal actions lassen sich sodann in eine Gruppierung bringen, die dem deutschen bürgerlichen Recht ähnelt, nämlich

1) actions of torts, die als Deliktsklagen bezeichnet werden können und in ihrer Gesamtheit dem law of torts angehören[3].
2) actions of contracts, die als Vertragsklagen dienen und in ihrer Gesamtheit dem law of contract angehören [4].

Bevor nach dieser Einteilung die Behandlung immateriellen Schadens dargestellt wird, sollen zunächst die allgemeinen Grundsätze des Schadensrechts kurz zusammengefaßt werden. Hier unterscheidet das anglo-amerikanische Rec nicht zwischen immateriellem und materiellem Schaden.

C. Allgemeine Grundsätze des Schadensrechts

I. Die Voraussetzung: damage

1) Der Schadensbegriff

Ein Schadensanspruch - wobei Schadensersatz zunächst in sehr weitem Sinne

---

1) Mc Cormick: "Handbook on the law of damages" (Hornbook Series) St. Paul, Minn. 1935, S. 1
2) 1 Am. Jur. 430 actions § 38.
3) Grundlegende Werke: Pollock: "The law of torts", 12 th.Ed., London 1923. Street: "The law of torts", London 1955.
4) Grundlegende Werke: Anson: "Principles of the English law of contract", 21 st. Ed. by Guest, Oxford 1959. Pollock-Winfield: "Principles of contract", 12 th. Ed., London 1946. "Chitty on contracts", Vol. I, General principles, 21 st. Ed., London 1955.

gebraucht wird - setzt im englisch-amerikanischen Recht nicht stets einen wirklich entstandenen Schaden voraus, sondern knüpft ursprünglich an die Rechtsverletzung als solche an, für die eine Vergeltung geschuldet wird [1]. Diese Einstellung verrät die Herkunft aus dem Strafgedanken deutlich.

Der meist gebrauchte Ausdruck für eine Rechtsverletzung ist "injury" (iniuria). Injury ist "the invasion of any legally protected interest of another", wobei "interest" gleich "any human desire" ist [2]. Dabei hat "injury" im rechtlichen Sinne stets den Inhalt, daß es sich um eine Verletzung handelt, die die Folge eines "wrongful or unlawful act" ist [3].

Begrifflich ist "damage" der Schaden als Tatbestand, während "damages" den Inhalt der Verpflichtung aus dem erfüllten Tatbestand als Rechtsfolge bedeutet[4]. Damage als terminus für Schaden ist "das Interesse (omne quod interest) des Geschädigten an dem Nichteintritt des schädigenden Ereignisses; der Unterschied zwischen dem Zustand, der ohne das schädigende Ereignis (breach of contract, delict) bestände, und dem Zustand, der infolge dieses Ereignisses besteht (vgl. § 249 BGB)"[5].

2) Der Kausalzusammenhang

Der Schaden muß wie im deutschen Recht von dem Handelnden durch ein Tun oder Unterlassen verursacht worden sein. Auch das englisch-amerikanische Recht lehnt die Äquivalenztheorie als zu weitgehend ab. Der anglo-amerikanische Richter fragt, ob der Schaden "the natural and probable consequence of the defendand's conduct" ist [6]. Unter natural and probable consequence wird ein solcher Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg verstanden, von dem man vernünftiger Weise erwartet, daß er von einem Durchschnittsmenschen vorausgesehen wird. Diese "foresee ability-rule" kann - bei großer Vorsicht - mit der

---

1) Bünger, a.a.O., S. 119, 120.
2) vgl. "Restatement of the law of torts" by the American Law Institut, Vol. I, 1934, St-Paul, §§ 1, 7 (hier auch Begriffsscheidung von "injury" und "harm").
3) 52 Am. Iur. 371 Torts, § 15 "damages with-out wrong".
4) vgl. hierzu Becker: Gegenopfer u. Opferwehrung", Strukturen d. Schuldrechts auf d. Grundlage d. anglo-amerik. "check-and-balance"-Systems, Berlin u. Frankf. 1958, S. 301. ferner: Clark, G. L.: "Summary of Amerikan Law, New York 1949, S. 217.
5) Becker, a.a.O., S. 301.
6) Yenks: "A Digest of English Civil Law", Vol. I, London 21, S. 327, § 724 (seit d.

Theorie der adäquaten Verursachung, wie sie das Reichsgericht [1], der Bundesgerichtshof [2] und die Lehre [3] vertreten, verglichen werden. So hat auch das Reichsgericht [4] die Kausalität verneint, wenn "ganz besonders eigenartige, ganz unwahrscheinliche und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassende Umstände" auftreten, denn solche würden von einem Durchschnittsmenschen in der Regel nicht vorausgesehen.

3) Das Verschulden

Es fragt sich, ob eine weitere Tatbestansvoraussetzung das Verschulden der adäquat verursachten Rechtsverletzung ist.

Im law of contract wird die eingegangene Verpflichtung nicht so sehr als Leistungsversprechen, sondern als ein Garantieversprechen - warranty[5] - angesehen. Für den Fall, daß die vertraglich übernommene Leistungspflicht nicht oder nicht richtig erfüllt wird, verspricht der Schuldner durch den Vertragsabschluß Schadenersatz. Daraus folgt, daß die Haftung des Schuldners vom Verschuldensgedanken losgelöst ist [6].

Das law of tort folgt deswegen grundsätzlich dem Verschuldensprinzip. Es wird für Vorsatz (intention) und Fahrlässigkeit (negligence) gehaftet. Der Maßstab der Fahrlässigkeit ist wie im deutschen Recht [7] ein objektiver, der sich am Bild des ordentlichen Vertreters einer Berufsgruppe orientiert. Pollock [8] konkretisiert den Sorgfaltsmaßstab durch einen Verweis auf das Verhalten eines "man of ordinary sense, knowledge and prudence" in der Situation des Schädigers [9].

Entscheidung Hadley/v. Baxendale (1854), 9. Exch. 341,; s. Chirley: "A selection of leading cases in the common law" 3rd. Ed., London 1886, S. 239 ff. Cheshire and Fifoot: "The law of contract", 4th. Ed., London 1956, S. 498 ff.

1) RGZ 155, 41. 2) BGH-NJW 52, 1010, BGH 7, 204.
3) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 15, III, 2; 4) RGZ 142, 388.
5) Rabel: "Das Recht des Warenkaufs", I. Bd. Berlin u. Leipzig 1936, Sonderheft d. Zeitschrift für ausländ. u. intern. Privatrecht, S. 263, 264.
6) Rheinstein: " Die Struktur des vertragl. Schuldverhältnisses im anglo-amerik. Recht", Berlin u. Leipzig 1932.
Rauert: "Die Entwicklung der allg. Lehren vom Schadenersatz in der neueren engl. Rechtsprechung (Diss. Kiel 38), S. 7.
7) Larenz, a. a. O., Bd. I, § 19, S. 173 ff.
8) Pollock, a. a. O., S. 27.
9) ähnlich Yenks, a. a. O., § 731 (S. 331), vgl. auch: 38 Am. Iur. 642, negligence § 2.

II. Die Rechtsfolge: damages

1) Keine Naturalherstellung

Die Rechtsfolge eines tatbestandsmäßigen, also rechtlich anerkannten Schadens ist in der Regel ein Anspruch auf damages. Die übliche Übersetzung von damages ist Schadenersatz. Obwohl diese Übersetzung von damages nicht immer der Funktion der damages gerecht wird[1], deutet sie zutreffend zumindest negativ an, daß dem englisch-amerikanischen Recht eine Naturalherstellung als Grundsatz fremd ist; denn auf keinen Fall bedeutet der Anspruch auf damages, daß die Herstellung des verletzten Gutes verlangt werden kann. Eine Naturalherstellung ist dem englisch-amerikanischen Recht zwar nicht gänzlich unbekannt, doch ist sie im Schadensrecht die ausgesprochene Ausnahme.

Es sind insbesondere Institute der equity[2], die dem Richter unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, statt auf damages zu erkennen, eine Naturalherstellung anzuordnen. Unter diesen subsidiären Rechtsbehelfen ist vorzüglich auf die specific performance hinzuweisen. Sie kann dort angeordnet werden, wo damages, also Geld, kein "adequate remedy" [3] darstellen würde. Unvertretbare Leistungen (Monopolstellungen der Schuldner) oder Affektionsinteressen können zum Beispiel oft nicht mit Geld, sondern nur unter dem indirekten Zwang einer specific performance verwirklicht werden [4]. Unter den Instituten, die eine Naturalherstellung ermöglichen, sind hier ferner noch gewisse Fälle der sogenannten injunction zu nennen, die sowohl im Vertrags- wie auch im Deliktsrecht möglich sind. Bei diesen injunctions handelt es sich um im Ermessen des Richters stehende Verfügungen, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, daß eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen werden soll. Vielleicht kann man sagen, daß eine injunction im Vertragsrecht der specific performance in negativer Form entspricht, indem der Vertragspartner, der sich verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, angehalten wird, diese Verpflichtung zu erfüllen. Eine weitere Art von Naturalherstellung kann man in der Conversion sehen. Sie kann richterlich angeordnet werden bei widerrechtlicher Wegnahme oder Entziehung einer beweglichen Sache.

---

1) Über die Ungenauigkeit dieser Übersetzung siehe später.
2) zum Folgenden vgl.: Griffith, V. A.: "Outlines of the Law". Indianapolis, 1950, S. 238, 498 und 508. Ferner: Rauert, a. a. O., S. 7 (hier Rheinstein zitierend); Anson, a. a. O., S. 482 ff.
3) vgl. (1947) 2 All.E.R. 641 in Hutton v. Watling.
4) vgl. Rabel: a. a. O., S. 263, 270.

2) Damages are money

Es ist naheliegend, daß, nachdem eine Naturalherstellung als Grundsatz ausgeschlossen ist, der "Schadenersatz" in einer möglichst praktischen Art, nämlich in Geld zu leisten ist. In England gilt geradezu das Schlagwort: "damages are money". Diese Gleichsetzung von Schadenersatz und Geldleistung läßt sich in der englischen Rechtsgeschichte sehr weit zurückverfolgen[1] und findet auch da in seinen Ausdruck, daß damages häufig einfach mit einer Leistung von Geld definiert werden. So umschreibt Mayne [2] damages als "pecuniary satisfaction" und ihm folgen in ähnlicher Ausdrucksweise englische und amerikanische Juristen [3]. In den Restatements des American Law Institute heißt es wörtlich: "Damages means a sum of money" [4]. Nur nebenbei darf an dieser Stelle vermerkt werden, daß in dieser Einstellung nicht nur einem Zweckmäßigkeitsgedanken gehuldigt wird, sondern auch einem berechtigten Bedürfnis und Wunsch der meisten vor Gericht auftretenden Parteien Rechnung getragen wird. Ein Blick in deutsche Zivilprozeßstatistiken mag genügen, um zu erkennen, daß auch in Deutschland trotz des gesetzlich normierten Grundsatzes der Naturalherstellung die Klagen und darauf ergehenden Urteile im Schadensersatzprozesse in weit überwiegender Anzahl auf Geldleistungen lauten. Eine grundsätzliche Änderung der §§ 249 ff. BGB in dem Sinne, daß Schadenersatz in erster Linie in Geld zu erbringen ist, wäre nur ein Nachziehen des deutschen Gesetzgebers gegenüber einer schon lange geübten Praxis.

3) Arten von damages

Der Oberbegriff für die verschiedenen Arten von damages ist compensations. Die einfache Übersetzung mit Ausgleich oder Ersatz ist wie die mit "Schadenersatz" für damages nicht voll befriedigend, da die Aufgabe der compensations auch Strafe oder satisfaction sein kann. Vielleicht wäre die etwas neutralere Übersetzung mit "Gegenrechnung" brauchbar. Compensations im engeren Sinne, auch compensatory damages genannt, umfassen jene damages, die einen tatsächlichen Schaden voraussetzen, der einen pekuniären Ausgleich erfahren soll und kann. Hierzu zählen die unten näher erläuterten general und special sowie

---

1) Mc Cormick, a.a.O., S. 21.
2) Mayne and Smith: "Mayne's Treatise on Damages", 4. Ed. London 1884, S. 1; vgl. 11 Halsbury's Law, 3rd. Ed. 216.
3) vgl. Clark, G. L.: a.a.O., S. 217; 15 Am. Iur. Damages, § 2.
4) "Restatement of the Law of torts", by the American Law Institute, Vol. IV. 1939, St. Paul, § 902; Restatement of the Law of Contracts (1932), § 326; 72 ALR 1143: "Damages" is the word which expresses in dollars and cents the injury sustained by a plaintiff".

liquidated und unliquidated damages.

Damages werden unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt. Die wichtigsten für die hier vorzunehmende Untersuchung ausreichenden Arten sind [1]:

a) Liquidated und unliquidated damages

Mit "liquidated damages" wird ein Anspruch auf Schadenersatz bezeichnet, der der Höhe nach bestimmt oder ohne weiteres bestimmbar ist. Entweder ergeben sich die liquidated damages direkt aus dem Vertrag (Darlehnsvertrag, Kaufpreis) oder die Parteien vereinbaren [2] bei Vertragsabschluß eine bestimmte Summe, die als Schadenersatz bei Vertragsbruch (breach of contract) verlangt werden kann [3]. Schließlich gehören hierzu noch die Fälle, in denen kraft gesetzlicher Vorschrift Schadenersatz in bestimmter Höhe gefordert werden kann, oder wo das Gesetz Geldansprüche ausdrücklich als liquidated damages bezeichnet [4].

Soweit aber die Festsetzung der Höhe von Schadensersatzansprüchen nicht von vornherein feststeht, sondern dem freien Ermessen des Gerichts, bzw. der Jury überlassen ist, handelt es sich stets um unliquidated damages.

b) General und special damages

Diese Unterscheidung wird, neben anderen Zwecken, vor allem aus prozessualem Grund gemacht. General d a m a g e ist der Schaden, der unter normalen Umständen bei dem Vertragsbruch oder der unerlaubten Handlung notwendigerweise das natürliche und naheliegende Ergebnis ist [5]. Hierfür bedarf es dann vor Gericht keines besonderen Beweises mehr.

Dagegen muss für s p e c i a l d a m a g e s der nicht übliche, sich aus besonderen Umständen ergebende Schaden in der Klagschrift in genügend substantiierter Form dargetan werden. "If you want specific damages, you must give specific evidence" [6]. Sicherlich kommt die Unterscheidung von general und special damages dem Verhältnis von abstraktem und konkretem Schaden nahe. - Mit

---

1) zu folgendem: 11 Halsbury's Law, 3 rd. Ed. 217 ff.
2) 32 ALR 609: "The term "liquidated damages" signifies the damages the amount of which the parties stipulated and agreed when the contract was entered into, should be paid in case of breach".
3) Hierunter fallen auch 'Vertragsstrafen'.
4) so häufig bei gesetzlichen Zinsansprüchen, z. B. in England: S. 57 der Bills of Exchange Act.
5) Mc Cormick, a.a.O., S. 33 u. 34; "Restatement of the Law of torts", a.a.O., Bd. IV. § 904.
6) Mayne and Smith, a. a. O., S. 451.

einer Klage auf special damage dürften auch die Fälle geltend gemacht werden können, die im deutschen Recht unter dem Begriff "positive Forderungsverletzung" bekannt geworden sind[1].

c) Nominal damages

Nominal damages können sowohl im Vertrags- wie im Deliktsrecht gewährt werden, wenn zuvor eine actio erfüllt, aber ein tatsächlicher Schaden (actual, substantial damage) nicht nachweisbar ist [2]. Der Kläger hat dann allein aus der Rechtsverletzung heraus einen Anspruch auf nominal damages, der sich in England gewöhnlich auf 40 Shilling beläuft [3]. Eine besondere Aufgabe kommt den contemptuous damages, einer gewissen Unterart von nominal damages, zu. Auch hier ist der Beklagte nach dem Recht verpflichtet, Schadenersatz zu leisten; aber das Verhalten des Klägers kann trotzdem nicht die Billigung des Gerichts finden. Diese Mißbilligung bringt die Jury dann zum Ausdruck in der Gewährung von contemptuous damages in Höhe von 1 farthing (etwa 2 1/2 Pfennig oder penny-Beträgen. "Der ethisch defekte Sieger hat damit zugleich die wohlverdiente moralische Ohrfeige erhalten[4]."

d) Exemplary damages

Ihnen liegt, wie schon der Name andeutet, neben der Entschädigung ein Strafgedanke zugrunde [5]. Sie kommen in der Regel nur im Deliktsrecht vor und werden dann zugebilligt, wenn der Schädiger sich als besonders verwerflich erwiesen hat. "The conduct of the defendant must be high handed, insolent, vindictive, or malicious, showing a contempt of the plaintiff's right or disregarding every principle which actuates the conduct of gentlemen. In particular, the defendant's persistence in the act with knowledge, and the language accompanying it, as well as his conduct at the trial of the action itself, are

---

1) Siehe die Entscheidung in Prochownick: "Das bürgerliche Recht Englands", Berlin 1929, Bd. I, S. 153; gekauftes krankes Tier steckt andere Tiere des Käufers an (Mullet v. Mason).
2) Mayne and Smith: a.a.O., § 328, zur englischen Rechtsprechung: vgl. Entscheidung bei (1955) 2 All. E. R. 171 Constantine v. Imperial London Ltd., Restatement of the Law of Torts, a. a. O., Bd. IV., § 907.
3) vgl. zu folgendem Chitty on Contracts, a.a.O., S. 407 Wirkung oder Zweck auch als Feststellungsklage; vgl. Heymann, a.a.O., S. 337; Seng, a.a.O., S. 354.
4) Wertheim: Wörterbuch des engl. Rechts, Berlin 1899, S. 195.
5) "Restatement of the Law of Torts", a.a.O., Bd. IV. § 908 und im comment: ..."to punish the person doing the wrongful act and to discourage such person and others for similar conduct". Exemplary damages werden deshalb auch

elements to be considered[1]." Es ist mindestens Vorsatz erforderlich; selbst grobe oder bewußte Fahrlässigkeit reichen nicht aus [2]. Werden sie aber zugesprochen, so können sie im Vergleich zur Geringfügigkeit des Tatbestandes unerwartet hoch bemessen werden [3].

Der Vollständigkeit wegen soll darauf hingewiesen werden, daß terminologisch zwischen punitive damages und exemplary damages insofern zum Teil unterschieden wird, als man mit ersterer Bezeichnung mehr den pönalen Charakter und mit letzterer mehr den zugrundeliegenden immateriellen Schaden anzeigen und berücksichtigt sehen will. Diese Unterscheidung hat sich bisher in Amerika mehr als in England durchgesetzt.

Diese Aufzählung von Einteilungsmöglichkeiten mag genügen [4]. Aus dem bisher Gesagten ist zu erkennen, daß für eine Betrachtung über die Behandlung immateriellen Schadens vor allem die nominal und exemplary (punitive) damages Bedeutung gewinnen, weshalb diesen an späterem Ort noch eingehendere Aufmerksamkeit gewidmet werden muß.

D. Damages für immateriellen Schaden

Aus einer reichen Kasuistik sind die Grundsätze über die Gewährung von damages für immateriellen Schaden im englischen Recht gebildet und auch weitgehend von Amerika übernommen worden.

1) Einzeldarstellungen über die Behandlung immateriellen Schadens finden sich trotzdem im englisch-amerikanischen Recht selten. Ein Grund hierfür ist, daß die Gewährung von damages auch für ideelle Schäden - wie schon früher angedeutet - dogmatisch keine besondere Schwierigkeit bedeutet. Es kann nicht mehr überraschen, daß eine "Entschädigung" auch des Nichtvermögensschadens möglich ist, wenn der Schadenersatzanspruch, besser der Anspruch auf damages, ursprünglich an der Rechtsgutverletzung als solcher anknüpft und somit ein "tatsächlicher" entstandener Schade garnicht unbedingte Voraussetzung ist [5]. Daß aber unter damage

---

punitive, vindictive, penal, aggravated, oder retributary damages genannt (11 Halsbury's Law 3 rd. Ed. 223).

1) Rauert, a. a. O., S. 51; 52 ALR 1330. 2) 156 ALR 1109.

3) Beispiel bei Dohna: a. a. O., S. 240.

4) Über anticipatory und prospective damages siehe: Prochownick, a. a. O., S. 155 u. 162 (§§ 275, 279).

5) vgl. Bünger, a. a. O., S. 119, 120; (1944) 2 All. E. R. 171 Cobstantine v. Imperial London Hotels Ltd.: wo ein Kläger damages - wenn auch nur nominal zu-

auch Nichtvermögensschaden zu verstehen ist, steht ganz allgemein außer Zwe-
fel [1]. Auf einer Leitentscheidung [2] (leading precedent oder leading case)
fußend, sagt Mayne[3]: "Every injury imports a damage though it does not cost
the party a farthing; for damage is not merely pecuniary, but injury imports a
damage when a man is thereby hindered of his right". Und er führt hier gleich
Beispiele an: so sei es ein Schaden, wenn jemand eine Ohrfeige erhält, die ihn
nichts kostet. Auch soll jemand einen Anspruch auf damages gegen den haben,
der über sein Grundstück reitet, ohne ihn zu schädigen, denn es sei eine Ver-
letzung des Eigentums, zu dem der andere kein Recht habe. Die Definitionen
von damage, wie sie in Entscheidungen häufig gefunden werden können, schlie-
ßen den immateriellen Schaden ganz selbstverständlich ein [4].

2) Diese selbstverständliche rechtliche Anerkennung auch immateriellen Scha-
dens mag überraschen, wenn man an all die Hindernisse denkt, die im deut-
schen Recht zu der engen Regelung des § 253 BGB, also zur grundsätzlichen
Rechtsschutz-Verweigerung bei immateriellem Schaden geführt haben. Nur
böswillige Zungen könnten behaupten, der Anglo-Amerikaner kommerzialisiert
auf diesem Wege eben letztlich auch die ideellen Güter des Menschen.
Vielmehr offenbart sich hier gerade gegenteilig eine Achtung und Wertschätzung
der Person und seiner Persönlichkeitsgüter, wie sie in einem Lande einer Magna
Charta und einer Habeas Corpus Akte nicht ungewöhnlich, in Deutschland aber
bis zur verfassungsmäßigen Anerkennung von Grundrechten [5] im Rechtsleben
fremd war.

3) Es ist deshalb keine materiale Überlegung, die den englisch-amerikanischen
Juristen trotzdem zwingt, den materiellen vom immateriellen Schaden zu
scheiden und einer teilweise besonderen Behandlung zu unterwerfen. Der Grund

---

gesprochen erhielt, allein deswegen, weil ihm grundlos die Aufnahme in ein
Hotel verweigert wurde. - In der Anmerkung zu dieser Entscheidung wird das
erklärende Grundprinzip genannt. "Where the law gives a right, it also
affords a remedy and will presume at least nominal damages."

1) Charlesworth: "Charlesworth on Negligence" 3 rd. Ed. The common Law
Library, London 1956, S. 566.
2) Nerlich v. Malloy (1879) 4 A. R. 430; vgl. auch Pollock, a.a.O., S. 185:
"A damage is not merely pecuniary".
3) Mayne and Smith: a.a.O., S. 4
4) z. B. 34 ALR 712 (715).
5) Also bis ins 19. Jahrhundert.

hierfür ist einerseits die meist schwierigere oder gänzlich unmögliche Nachweisbarkeit immaterieller Güter an sich; besonders aber dann die mindestens ebenso problematische Nachweisbarkeit der Verletzung dieser Güter. Zum andern ist es die im Verletzungsfalle vorzunehmende Bewertung eines immateriellen Schadens, die problematisch ist und bleiben wird.

4) Zur Scheidung von physical und mental pain oder suffering.

Immaterieller (non-pecuniary) Schaden wird im englisch-amerikanischen Recht geschieden in physical pain und mental pain, wobei unter physical pain körperliche (sinnlich wahrnehmbare) und unter mental pain seelische ("innerliche", intellektuelle, geistige) Leiden zu verstehen sind. Zu mental pain (oder suffering) gehören und erfahren grundsätzlich ähnliche Behandlung mental disturbance (Störung, Verwirrung, Aufregung), mental distress (Schmerz, Pein, Qual) und mental anguish (Seelenangst).

Für eine rechtliche Berücksichtigung muß eine gewisse Erheblichkeit natürlich sowohl bei physical als auch bei mental pain gegeben sein. Außer Betracht bleiben bloße Unbequemlichkeiten (inconvenience), auch genügen einfacher Ärger und Verdruß nicht [1]. Nur ein physisches Unbehagen und ein psychisches Leiden, das über das von jedem Menschen zu ertragende und allgemein zugemutete Maß hinausgeht, kann Beachtung finden. So verweigerte ein amerikanisches Gericht die Gewährung von damages, als der Kläger wegen mental pain klagte, da eine New Yorker Zeitung ihn gutgläubig für tot erklärt hatte: "Such publication may be unpleasant, it may annoy or hurt the subject thereof, it may subject him to joke or to jest or to banter from those who knew him or knew of him, even to the extent of affecting his feelings, but this is not enough" [2].

5) In der Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit der rechtlichen Erfassung oder Bewertung immateriellen Schadens mag auch die Wiege jener "Lehre vom parasitischen Element" stehen, die in manchen Entscheidungen tatsächlich doch zu einer Schutzlosigkeit gewisser immaterieller Güter (insbesondere bei mental pain) führen kann [3]. Diese Lehre, die auch heute noch nicht überwun-

---

1) Dohna, a.a.O., S. 239; vgl. auch Winfield: "Yenks English Civil Law", Vol. I. London 1947, § 705.

2) vgl. Magruder: "Mental and emotional disturbance in the law of torts". 49 (1935/36) Harvard Law Review 1033 ff. (1056); Das Gericht verweist - humorvoll - in den Gründen den Kläger auf Mark Twain, der in demselben Fall erklärt haben soll, 'that the reports of his death were greatly exaggerated", hierzu auch 52 Am. Jur. 398 Torts § 54 unter "Triviality of harm".

3) vgl. hierzu 23 ALR 380.

den [1], jedoch durch zahllose Ausnahmen in ihrer Bedeutung gemindert ist, besagt, daß ein Gericht für immateriellen Schaden einen selbständigen Anspruch auf damages nicht geben kann, solange dieser Schaden nicht im Rahmen einer bereits rechtlich anerkannten Actio - die mindestens physical injury voraussetzt, vorgebracht werden kann [2]. Konstruktiv geht man dabei davon aus, daß diese auf immateriellem Schaden beruhenden damages hier nur ein Element in einer Klage sein können, in der auch andere damages verlangt werden können. Derartige damages, die nur in Verbindung mit einem bereits anerkannten Klaganspruch begehrt werden können, nannte Street [3] "parasitic". Doch wurde man schon bald gewahr [4], daß die hier hauptsächlich in Frage kommenden actions, nämlich assault, battery, false imprisonment, malicious prosecution und seduction, häufig nur mental pain allein als tatsächlichen Schaden vorweisen können. In der theoretischen Überlegung waren das allerdings die Ausnahmen. Aber es war wiederum Street, der dieses parasitische Verhältnis herausgearbeitet hatte, der auch alsbald erkannte, daß es sich hier nur um ein Stadium in der Rechtsentwicklung handeln konnte, indem er sagte: " A factor which is today recognized parasitic, will foresooth, tomorrow be recognized as an independent basis of liability" [5]. Auf die Zweifelhaftigkeit dieser Lehre, die dergestalt zu unbilligen Rechtsschutzlücken geführt hat, wurde in der Literatur verschiedentlich hingewiesen. So zeigt Prosser [6] die mögliche Ungereimtheit dieser Regel, indem er beispielhaft anführt, daß wohl für eine einfache Handbewegung, die den Kläger für einen Moment erschreckt, damages verlangt werden können, denn hier ist grundsätzlich die Klage wegen assault gegeben. Dagegen werden damages verweigert für kaltdrohende Worte, die das Leben des Klägers monatelang terrorisiert haben [7], denn keine zivilrechtliche Klage steht zur Verfügung.

6) Mental pain alone

Die praktische Konsequenz dieser Lehre vom parasitischen Element, die in diesem Zusammenhang Bedeutung gewinnt, war eine alte Common Law Rule: da-

---

1) noch klar erkennbar in: "Restatement of the Law of Torts", a.a.O., Vol. I. § 46 u. 47; vgl. auch: Magruder: a.a.O., S. 1048.
2) Prosser: "Intentional infliction of mental suffering a new tort", 37 (1939) Michigan Law Review, 874, (S. 879).
3) "The foundation of legal liability" (1906) S. 470.
4) Prosser, a.a.O., S. 880. 5) siehe Anmerkung 3.
6) Prosser, a.a.O., S. 880.
7) weitere Beispiele bei: Magruder, a.a.O., S. 1051.

nach konnte mental pain nur soweit Berücksichtigung finden, als sie in Begleitung der meist klagbaren physical injuries auftrat. War aber mental pain der alleinige Erfolg der Verletzung, hatte eine Klage keine Aussicht, durchzudringen[1] ."Mere mental pain or anxiety unattended by any physical injury is too remote"[2]. Der Ruf nach selbständigem rechtlichem Schutz auch in diesen bisher nicht anerkannten Bereichen blieb deshalb in der Rechtsprechung - sowohl Englands als der USA - nicht ungehört. In einer englischen Entscheidung [3] aus dem Jahre 1938 sagte der Vorderrichter einer Berufungssache noch: "In my view of the law there must be apprehension of injury to a human being , or actual sight of injury to a human being , before a plaintiff can recover in circumstances of this nature". Diese lange Zeit verbreitete Rechtsauffassung wurde jedoch vom Court of Appeal abgelehnt mit den Worten: "The right to recover damages for mental shock is not limited to cases in which apprehension as to human safety is involved, but extends to every case where injury by reason of mental shock results from the negligent act of the defendant". Daß diese Rechtsprechung - zumindest in England - beibehalten wurde, spricht klar eine Entscheidung aus dem Jahre 1942 [4] aus: "It is now well recognized that an action will lie for injury by shock sustained through the medium of the eye or the ear without direct contact". Man kann sagen: Wenn auch zögernd, so bildete sich doch an den Gerichten allmählich die klare Tendenz, zumindest für v o r s ä t z l i c h e Zufügung von mental suffering einen selbständigen Anspruch auf damages zu gewähren [5]. Ebenso war bei nur f a h r l ä s s i g e r Verursachung zunächst allgemein eine gewisse Zurückhaltung zu beobachten. In einem Aufsatz der Michigan Law Review [6] aus dem Jahre

---

1) Bouvier: Bouvier's Law Dictionary and concise Enzyclopedia", 3 rd. Rev. Kansas City, Mo. 1914, S. 2192.
2) 11 Halsbury's Law, 3 rd. Ed. 279, (460).
3) Owers v. Liverpool Corp. (1938) 4 All. E. R. 727
4) Hay or Bournhill v. Young (1942) 2 All. E. R. 396, (insb. 402), vgl. auch: King v. Philips (1953) 1 All. E. R. 617, ferner 11 Halsbury's Law 3 rd. Ed. 254 (426).
5) Amerikanisches Recht: vgl. Prosser, a. a. O., S. 874 ff. hier auch weitere Literaturangaben, die das Problem chronologisch verfolgen; 15 Am. Iur. 592 damages § 175; 122 ALR, 1486; Bouvier, a. a. O., S. 2192; England: Übersicht über die englische Rechtsprechung, bei: Owers v. Liverpool Corp. a. a. O., S. 730, ferner: Street, a. a. O., S. 121 ff.; Salmond-Heuston: "Salmond on the law of torts", 12 th. Ed., London 1957. S. 402-406; Yowitt: "The Dictionary of English Law", London 1959, S. 1636.
6) 27 Michigan Law Review, S. 227

1927 heisst es noch "It is generally accepted that there can be no recovery of damages for fear, shock or mental suffering in and of themselfes, when caused by the pure negligence of another". Dagegen glaubte Griffith [1] eine Tendenz feststellen zu können, wonach im Deliktsrecht, wenn mental pain das alleinige Ergebnis ist, dann damages zugesprochen werden, wenn "the tortious conduc exceeds all bounds usually tolerated by a decent society and of a character which is especially calculated to cause mental pain and suffering of a very serious nature". Die Frage wird heute sehr unterschiedlich beantwortet. Die amerikanische Rechtsprechung zeigt in den einzelnen Staaten zum Teil ausgesprochen gegensätzliche Auffassungen [2]. An den englischen Gerichten und auch in der englischen Lehre werden neuerdings dagegen ziemlich einheitlich auch bei nur fahrlässiger Verursachung von "mental pain alone" damages zugesprochen, sofern der Beklagte unter normalen Voraussetzungen den Erfolg vernünftigerweise hätte voraussehen können [3].

I. Immaterieller Schaden im law of torts

1) Allgemeines zu Torts

Unter torts (lat. tortus = Unrecht) ist eine Pflichtverletzung nicht vertraglicher Natur zu verstehen, die eine Haftung auslöst und einen Klaganspruch auf damages gibt [4].

Für die Ausbildung der torts, jener Klagansprüche, die in etwa mit unseren unerlaubten Handlungen zu vergleichen sind, war ein entscheidendes Stadium die allmähliche Loslösung aus dem Strafrecht und die Schaffung der Schadensklage wegen Verletzung des königlichen Friedens "vi et armis": action of tresspass (=Gesetzwidriger Eingriff) [5]. Diese Klage stand allmählich für alle rechtswidrigen Einwirkungen auf den Körper oder die Sachen des Klägers zur Verfügung. Hinzu kam alsbald die Möglichkeit, die Tresspass-Klagen in zahlreichen Fällen "in consimili casu" zu gewähren. Durch Schaffung weiterer actions of tresspass "on the case" wurde Schutz gegeben gegen Delikte, die sich bisher entweder nicht an allen Gerichten oder überhaupt nicht zur Begründung einer tort-Klage

---

1) Griffith, V. A.; a. a. O., S. 253, ähnlich Prosser, a. a. O., S. 889
2) Ausführliche Annotations bei 23 ALR 361; 44 ALR 428 u. 56 ALR 657, vgl. auch 26 Michigan Law Review, 459 u. 460; Bouvier, a. a. O., S. 2194.
3) vgl. Charlesworth, a.a.O., S. 928, auch Hay or Bournhill v. Young, a.a.O.
4) Yenks, a.a.O., S. 326 (§ 722). 5) Heymann, a.a.O., S. 337

eigneten. Auf diese Weise entstanden vor allem jene tort-Klagen, die dem Schutze der Persönlichkeitsgüter, also immaterieller Güter, dienen (z. B. slander, libel, false prosecution u. a.). -

2) Personal injury

Torts, welche damages für immateriellen Schaden zur Folge haben, haben gemeinsam, daß sie stets "personal injury" [1] voraussetzen. In erster Linie ist mit personal injury natürlich eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit der Person (physical-corporeal) gemeint [2]. Aber die juristische Bedeutung von personal injury beinhaltet weitergehend die rechtswidrige Verletzung von Persönlichkeitsgütern. Personal injuries werden deshalb im Recht auch als "actionable injuries to the individual himself" den Klagen wegen injuries to property zur Unterscheidung gegenübergestellt. Mit deutscher Terminologie haben wir hier also eine Einteilung, die ungefähr jener entspricht, die die Zufügung von "Nichtvermögens-" und "Vermögensschaden" unterscheidet. -

3) Personal torts

Die wichtigsten torts, die auf personal injuries beruhen, sind:

a) Defamation:

Während im deutschen BGB der zivilrechtliche Schutz für Ehre und Ruf bisher nur äußerst schwach entwickelt ist, finden wir im anglo-amerikanischen law of defamation ein beinahe extremes Gegenstück. Auch im Zivilrecht wird hier ganz allgemein und unabhängig von der Verwirklichung strafrechtlicher Voraussetzungen anerkannt, daß jedermann ein Recht auf seinen guten Namen, seinen Ruf, sowie auf die Wertschätzung durch andere hat, und daß dieses Recht nicht ohne Rechtfertigung oder Entschuldigung durch beleidigende Äußerungen verletzt werden darf [3]. Allerdings wird hier nur das Ansehen, die Einschätzung in den Augen Anderer geschützt. Keine zivilrechtliche Defamation-Klage steht zur Hand, wenn nur die Selbsteinschätzung verletzt wurde. In solchen Fällen ist - bei öffentlichem Interesse an der Verfolgung - ein Strafprozeß möglich. In einer erstaunlichen Häufigkeit kann - und wird - jedoch wegen defamation geklagt. Und die Gerichte weisen nicht nur selten ab, sondern sind in der Gewährung der damages un-

---

1) zu injury siehe oben S. 33. 2) 52 Am. Jur. 362 Torts § 3.

3) Selbstverständlich können auch Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe gegegeben sein. Es sei verwiesen auf den zulässigen Wahrheitsbeweis (justification), sowie auf die Verteidigungsmittel (defenses) des "absolute privilege" und des "qualified privilege". Näheres siehe 24 Halsbury's Law, 3 rd. Ed., S. 3, 10 (22), S. 48 ff. (86 ff.). Ferner: Gutachten des Max-Planck-Instituts, a.a.O., III. Teil, B.II, 5a-e und IV. Teil, B. VII.

gewöhnlich großzügig.

Defamation umfaßt als Oberbegriff sowohl "libel" als auch "slander". Die Beleidigung "by spoken words" ist slander [1], während libel regelmäßig umfangreicher z.B. wie folgt definiert wird: A defamatory statement made in some permanent and visible form, such as writing, printing pictures, or effigies [2].

Die Unterscheidung von libel und slander ist historisch bedingt. Die Abgrenzung macht zuweilen Schwierigkeiten. Wird einer Schreibkraft ein beleidigender Brief diktiert, so ist das Diktat selbst slander, der geschriebene Brief jedoch ist dann libel [3].

Beiden Beleidigungsklagen ist gemeinsam, daß sie eine Äußerung voraussetzen über eine lebende [4] natürliche oder über eine bestehende juristische [5] Person. Die Äußerung selbst muß unwahr und beleidigend oder zumindest geeignet sein, diffamierend zu wirken. Was als diffamierend - defamatory - zu bezeichnen ist, wird in der Rechtsprechung verschieden beurteilt.

Als "defamatory" wurden u. a. folgende Beschuldigungen angesehen: "Säufer aus Gewohnheit", "Schurke", "jene Gruppe, die sich Young Russia nennt, besteht in Wirklichkeit aus 'Faschisten'", "Er hat zwei Damen grob beleidigt", "Er war früher einmal in Schwierigkeiten", "Er ist ein Judas", "Er ist vorbestraft", "Er (ein Geistlicher) hat die Kirche entheiligt, denn er hat in der Sakristei sein

---

1) Yenks, a.a.O., S. 500 § 996, zu slander zählt jede Defamation durch rasch vergängliche Mittel, wie gesprochene Worte, Töne, Gesichtsausdruck, Gesten oder Zeichen.

2) vgl.: Salmond-Heuston, a. a. O., S. 320. Beispiel einer Legaldefinition: "The Civil Code of the State of New York", reportet complete by the Commissioners of the Code, Albany, 1865, §§ 29, 30.

3) Weitere Abgrenzungsbeispiele siehe Gutachten des Max-Planck-Instituts, a. a. O., II. Teil, B. II, 1.

4) vgl. Prosser, a.a.O., 578: "Any living person may be defamed. ... Likewise, no civil action will lie for the defamation of one who is dead". Verwandte einer verstorbenen Person können aus eigenem Recht klagen, wenn die Beleidigung des Beklagten auch ihr Ansehen verletzt hat.

5) Die juristische Person muß in ihrer Gesamtheit beleidigt sein, der Angriff

Mittagessen gekocht"[1].

Der Anspruch auf damages.

Mit der Defamation-Klage (action of libel oder slander) können grundsätzlich compensatory, nominal oder exemplary damages verlangt werden. Sind die beleidigenden Äußerungen "actionable per se", so bedarf es eines besonderen Schadensnachweises nicht mehr [2], d.h. es können general damages beansprucht werden. Dagegen muß ein Schaden genau dargetan werden, wenn die Beleidigung nicht actionable per se war. Wann eine Äußerung in Wort oder Schrift beleidigend per se, d.h. actionable per se und wann per quod [3] ist, ist nicht eindeutig zu klären, hängt aber im wesentlichen davon ab, ob angenommen wird, daß dieselbe "a natural and necessary tendency to injure the plaintiff" hat [4]. In der Praxis wird dieses recht unscharfe Kriterium meist über Präjudizien gefunden [5]. Eine theoretische Erklärung für diese eigenartige Unterscheidung wurde wohl mehrfach versucht, doch konnte keine Deutung voll befriedigen. So wird auch heute noch ein Streit über die Berechtigung dieser Einteilung überhaupt geführt [6].

Ist ein solcher "prima facie"-Beweis aber geführt und nicht erschüttert, so kann das Gericht, allein auf die Vermutung eines Schadens gestützt, general damages zusprechen und ist keineswegs etwa auf nominal damages beschränkt [7]. Ein Beispiel mag verdeutlichen, welches Ergebnis bei einer libel actionable per se möglich ist: in einer Zeitung war vor mehr als 17 Jahren eine Beleidigung veröffentlicht worden. Vor Gericht stellte sich aber heraus, daß tatsächlich nur ein einziges Exemplar an den Agenten des Klägers verkauft worden war. Trotzdem wurden die general damages in vollem Umfange gewährt. Nicht wurde etwa eine Begrenzung (z.B. auf nominal damages) vorgenommen, auf die Höhe, welche der Ver-

---

auf die Ehre einzelner Mitglieder genügt nicht.

1) Fundstellen der hier genannten Beispiele: Gutachten des Max-Planck-Instituts, a.a.O., II. Teil B, II, 3a. Siehe auch: IV. Teil B, III, 1.

2) 24 Halsbury's Law, 3rd. Ed. 113 (207). 3) weil behauptet und bewiesen.

4) So Mayne and Smith, a.a.O., S. 451

5) Pollock, a.a.O., S. 238 versuchte einmal Kriterien aufzustellen.

6) hierzu: 40 Harvard Law Review, 324; Pollock sagt hier, daß es sich wahrscheinlich um das Ergebnis eines obskuren historischen Zufalls handelt; vgl. auch Pollock, a.a.O., S. 187 und 238.

7) vgl. instructions in 90 ALR 1195.

öffentlichung in dem einen Exemplar entsprochen hätte [1].

Special damages

erfordern, wenn in Beleidigungsklagen überhaupt zulässig, natürlich stets den Nachweis des speziellen Schadens. Sowohl in England als auch in Amerika werden special damages in defamation-Klagen jedoch meist nur bezüglich Vermögensschaden gewährt [2].

Nominal damages

kann das Gericht z. B. zusprechen, wenn zwar die Beleidigung des Beklagten nicht voll gerechtfertigt werden kann, der Kläger ihn aber doch provoziert hatte; oder aber der Kläger ist eine Person von derartig allgemein geringwertigem Charakter, daß er nach der Meinung der Jury nicht verdient, substantial compensation zu erhalten. In solchen Fällen können die nominal damages praktisch zur Kostenentscheidung werden. ("A mere peg on which to hang costs" [3].)

Zusätzlich zu compensatory damages können bei defamation auch exemplar damages eingeklagt werden [4], wenn der Beklagte vorsätzlich mit böser Absicht oder mit besonders grober und rücksichtsloser Fahrlässigkeit handelte.

Das Recht, bei defamation damages verlangen zu können, ist in der Verletzung der Ehre und des Rufes schlechthin begründet. Dabei wird von einer Schadensvermutung ausgegangen: "The law presumes that the publication has of itself a natural tendency to injure the plaintiff" [5]. Ob hiermit auch gleichzeitig mental suffering mitberücksichtigt sein sollen, ist streitig [6]. Die überwiegende amerikanische und englische Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß mental suffering grundsätzlich nicht die notwendige Folge einer Beleidigung sein muß, daß jedoch damages auch für mental suffering zugesprochen werden

---

1) Mayne and Smith, a.a.O., S. 449; vgl. auch: (1939) 1 All. E. R. 798, in Gray v. Jones; (1942) 1 All. E. R. 412, in Kerr v. Kennedy.
2) Clark, G. L.: a.a.O., S. 226; 24 Halsbury's Laws, 3. rd. Ed. 119 ff. (222-224).
3) Pollock, a.a.O., S. 184; vgl. auch 33 Am. Iur. 189, libel and slander § 201.
4) 33 ALR, 414 vgl. auch: Yenks, a. a. O., S. 521, § 1014.
5) 24 Halsbury's Law, 3. rd. Ed., S. 9 (18).
6) 33 Am. Iur. 194 libel and slander § 205.

können, wenn gezeigt wird, daß diese das unmittelbare Ergebnis von beleidigenden Worten - actionable per se - sind. An dieser Stelle bekommt die Einteilung von actionable per se und per quod eine recht einschneidende Bedeutung. Ein Kläger kann bei einer defamation, die actionable per se ist, obwohl - wie wir wissen - kein anderer tatsächlicher Schaden entstanden sein muß, doch damages für mental suffering erhalten.
Die general rule [1] lautet nämlich: "The authorities are all in accord in support of the proposition, that where spoken or written words are actionable per se, either at common law or by statute, the mental suffering produced thereby in the person defamed is a proper element to be considered in fixing the amount of damages which the plaintiff is entitled to recover for the defamation". War die defamation aber nicht actionable per se, so wird ein Anspruch wegen mental suffering abgewiesen, wenn nicht auch ein anderer Schaden direkt nachgewiesen wird [2].

Bei der Frage, ob damages auch gewährt werden können, wenn die defamation physical suffering zur Folge hat, sind die Meinungen ähnlich wie bei mental pain geteilt. Teilweise wird auch hier auf die Klagbarkeit "an sich" abgestellt; aber es gibt auch Gerichte, die Ansprüche wegen physical suffering bei defamatory actions grundsätzlich abweisen. So lautet eine amerikanische Entscheidung: "It cannot be said, that it (physical suffering) is either the necessary or natural consequence ... (of defamation), in rare instances physical sickness may result from mental worry, but it is an exception to the rule. Even then it is a step removed from the first result, and cannot be said to be the proximate consequence of the defamatory words" [3].

So sehr es scheint, daß die Gewährung von damages bei libel and slander für immateriellen Schaden nur ausnahmsweise und deshalb in geringem Maße erfolgt, so ist doch zu betonen, daß diese Ausnahmen in Wirklichkeit einen sehr umfangreichen tatsächlichen Wirkungskreis haben.

b) Assault and battery

Mit assault (lat. adsaltare = anspringen, frz. assaut) ist im englisch-amerikanischen Zivilrecht eine Deliktsklage gegeben, wenn ein Angriff vorliegt, der einen widerrechtlichen Versuch oder die widerrechtliche Drohung darstellt, gegen die körperliche oder sexuelle Integrität einer Person vorzugehen [4].

---

1) Annotations: 90 ALR, 1175 2) 90 ALR, 1200
3) 90 ALR, 1199, Butler v. Hoboken Printing
4) Wertheim, a. a. O., S. 46 (assault); Restatement, Torts, § 21, vgl. auch: 10 Halsbury's Laws 3 rd. Ed., S. 740 (1423).

Einen direkt entsprechenden Tatbestand kennt das BGB nicht. Sachlich nahe kommt die Klagmöglichkeit nach §§ 823, II BGB, 241 StGB (Drohung). Diese sehr begrenzte Klagmöglichkeit steht in einem auffallenden Gegensatz zu der grundsätzlichen Klagbarkeit wegen assault ("an assault is always actionable"[1]).

Von battery wird assault dadurch geschieden, daß assault keine Berührung des anderen Körpers enthalten darf[2]: "actual physical contact is not, but violence, threatened or offered, is an essential element"[3]. Die leichteste Berührung eines Anderen - in Wut oder Zorn - ist battery. Selbstverständlich scheiden jene Berührungen, die das normale Leben, insbesondere die Teilnahme am Verkehr in der Gesellschaft zwangsläufig und zumutbar mit sich bringen - soweit sie sozial adäquat sind - als Grundlage für assault aus [4]. Beispiele für assault sind: A will B schlagen, trifft ihn aber nicht, oder er hebt sogar nur drohend die Hand gegen B, oder: A erschreckt B, indem er eine ungeladene Pistole auf ihn richtet. Im Falle Dodwell v. Burford wurde assault angenommen, wenn jemand seinen Hund aufreizt, ein Pferd anzufallen, oder wenn jemand ein Pferd schlägt, beidesmal in der Absicht, daß der Reiter herunterfalle [5]. Sachverhalte, die im BGB nach den §§ 823, I, 847, als Körperverletzung Ansprüche begründen können, fallen im englisch-amerikanischen Recht unter battery. Jedoch ist battery nicht nur auf Körperverletzung im engeren Sinne beschränkt, sondern umfaßt neben dem Eingriff in die körperliche Integrität auch tätliche Ehrenbeleidigungen und jedes widerrechtliche Berühren eines anderen [6]. "Every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it in any slightest manner", sagt Pollock [7].

So wird deutlich, daß assault by battery stets enthalten ist, weshalb die Terminologie auch oft einerseits assault und andererseits "assault and battery" lautet. Beide Delikte zeigen, daß ein direkter Schaden hier nur im ideellen, immateriellen Bereich zu suchen ist. Trotzdem sind diese Ansprüche keineswegs Ausnahmemöglichkeiten, sondern gewähren wie Schadensposten des materiellen Güterreichs grundsätzlich Anspruch auf compensatory damages. Unstreitig ist dies insbesondere für physical pain. Bezüglich mental pain können verschiedene Auf-

---

1) 52 ALR 1055. 2) Pollock, a.a.O., S. 212.
3) 4 Am. Iur. 124, assault and battery § 2, 46 ALR, 772.
4) Pollock, a.a.O., S. 215.
5) 10 Halsbury's Law 3 rd. Ed. S. 740 Fußnote b).
6) 4 Am. Iur. 125, assault and battery § 2, Restatement, Torts, § 13.
7) Pollock, a.a.O., S. 213.

fassungen beobachtet werden [1]. Eine ältere Richtung erlaubt bei mental pain ausschließlich exemplary damages - obwohl es sich bei richtiger Anschauung bei derartiger Handhabung auch nur um compensatory damages handelt. Die neuere und zumindest im amerikanischen Recht überwiegende Ansicht schließt nunmehr unter compensatory damages auch "injuries to the mental and spiritual part of mankind" ein. Exemplary damages können dieser Ansicht zufolge bei assault und battery erlaubt werden, wenn die Tat besonders rücksichtslos, böswillig oder unter sonstigen besonders erschwerenden Umständen begangen worden war [2]. Hier verfolgen die exemplary damages eben Bestrafung des Beklagten. Daß die Unterscheidung von exemplary und compensatory damages gerade in Fällen mit "aggravating circumstances" oft fraglich ist und letztlich eine theoretische bleibt, erhellt, wenn man bedenkt, daß in vielen Fällen von assault und battery die wirkliche Körperverletzung, die der Beklagte erlitten hatte, unbedeutend ist, im Vergleich zu der mental pain (als da sind: schimpfliche Behandlung, Ärger, Schreck usw.), die durch Rücksichtslosigkeit und Böswilligkeit des Beklagten verursacht wurde. Die Unsicherheit der Rechtsprechung wird gut illustriert durch den Fall Brown v. Swineford (28. Am. Rep. 582) [3], der in Wisconsin dreimal vor verschiedenen Gerichten verhandelt wurde. Zweimal wurden exemplary damages gewährt. In der dritten Instanz wurde betragsmäßig ein gleiches Urteil wie in den unteren Instanzen gesprochen, aber man sprach nur noch von compensatory damages. Offensichtlich hielt man nun doch, was früher für exemplary damages gehalten wurde, für compensatory damages.

Ein anderer Streit, der nicht nur - wie schon früher angedeutet - auf das Recht von assault beschränkt ist, wird hier besonders aktuell. Es ist die Frage, ob damages für mental pain auch dann verlangt und zugesprochen werden können, wenn nicht gleichzeitig physical pain verursacht wurde.

Im großen und ganzen ist auch hier eine Tendenz dahin festzustellen, daß physical injury, zumindest bei vorsätzlicher Zufügung von mental pain, nicht mehr als Voraussetzung für die Gewährung von damages gefordert werden. Ein interessanter Weg in dieser Beziehung wurde beschritten, indem man, gestützt auf medizinische Erkenntnisse, des öfteren mental pain als physical pain auffaßte [4].

---

1) Über die Entwicklung 16 ALR 772.

2) So general rule, in: 4 Am. Iur. 216, assault and battery, § 187; z.B. 16 ALR, 768, im Falle Bannister v. Mitchell, in dem das Gesicht, das Ohr und der Nakken eines Mädchens mit einem Taschenmesser zerschnitten wurden.

3) 4 Am Iur. 216, assault and battery, § 187, Fußnote 19.

4) vgl. 6 ALR 990 u. Prosser, a.a.O., S. 876, siehe später: S. 59, Anm. 7, 11 Halsbury's Law 3 rd. Ed., S. 279, Fußn. c): "Medical progress has now

c) Andere personal torts

Neben diesen eben skizzierten beiden Deliktsgruppen kennt das anglo-amerikanische Recht noch eine Reihe weiterer torts, die ebenfalls zu damages berechtigen, obwohl der Schaden ein immaterieller sein kann. Es sei u.a. nur erinnert an malicious prosecution [1], false imprisonment [2] und seduction [3]. Es erübrigt sich, diese Delikte näher zu untersuchen[4], da auch hier die Probleme ähnlich sind, soweit sie die Berücksichtigung von mental und physical pain betreffen.

Der Schutz einzelner Persönlichkeitsgüter wird auch durch die extensive Interpretation anerkannter actions erreicht. So wird in England, das ein Recht auf Schutz der Privatsphäre, ein " right of privacy" [5], noch nicht anerkennt, die Privatsphäre wenigstens teilweise einem Schutz unterstellt, in dem der Begriff defamation weit genug gefaßt wird. Zumindest in den Fällen, in denen das Eindringen in die Privatsphäre gleichzeitig zur Folge hat, daß der Verletzte Gefahr läuft, lächerlich "ridiculous", gemacht zu werden, kann die defamation-Klage benützt werden. In einer englischen Entscheidung aus dem Jahre 1935 [6] wurde auf diesem Wege eine Reklameanzeige als klagbare Verletzung erachtet, die Kopf und Schultern der Klägerin zeigte, die den Beinen einer anderen Frau durch Photomontage aufgesetzt waren, wobei die Überschrift lautete: "Leg Appeal". Ebenso wurde der Klageanspruch einer Schauspielerin bejaht, die in einer Photographie durch Photomontage zahnlos für die Reklame eines Zahnarztes gezeigt wurde [7].

In den Vereinigten Staaten berechtigt die Verletzung der Privatsphäre stets zu Klagen. In den meisten Gliedstaaten fand hier das "right of privacy" [8] Anerkennung. Neben einem Anspruch auf Unterlassung [9] kann der Betroffene damages, und zwar auch für immateriellen Schaden, verlangen. Dabei muß ein tatsächlicher Schaden nicht nachgewiesen werden [10].

---

widened the meaning of physical injury".

1) Anzeige wider besseres Wissen. 2) Rechtswidrige Freiheitsberaubung.
3) Verführung einer weiblichen Person.
4) Eine Übersicht gibt das Max-Planck-Gutachten, a.a.O. III. Teil, B. III (S. 122 ff
5) zu folgendem vgl.: Gutachten des Max-Planck-Instituts, a.a.O., III. Teil C. II. u. IV. Teil, C.
6) Griffith v. Bondor, Times, 11.12.35 7) Wallis v. London, Times, 20.7.191
8) Prosser: "Law of Torts", 2. Aufl. 1955, S. 635 nennt es: The right to be let alone". Vgl. Annotation 138 ALR 22 ff.
9) Siehe Rechtsprechung, Übersicht bei 138 ALR 108.
10) 168 ALR 465 (Shipley) u. 168 ALR 466 (Kimbrough).

In der Natur der Sache liegt es, daß die Grenzen des "right of privacy" einer ständigen Entwicklung unterworfen sind. Allgemein gültige Grundsätze sind deshalb in der amerikanischen Rechtslehre und Rechtsprechung noch nicht aufgestellt worden. Fest steht jedoch, daß das "right of privacy" höchst persönlich ist und nur natürlichen Personen zusteht. Auf Seiten des Beklagten wird, soweit überschaubar, im allgemeinen Verschulden verlangt [1].

Bei einer Gesamtbetrachtung mag als auffallend noch hervorgehoben werden, daß das englisch-amerikanische Recht den Schutz der Persönlichkeitsgüter im Deliktsrecht zwar umfassend, aber doch nicht mit Generaltatbeständen, sondern mit einer geklärten Kasuistik gewährleistet. Diese zivilrechtlichen Einzeltatbestände haben häufig ihren entsprechenden Tatbestand im Strafrecht (criminal law), und es kann nicht verwundern, daß gerade bei zivilrechtlichen Instituten, die den Schaden weniger mit Ersatz-, sondern offensichtlich mehr mit Strafgedanken behandeln, die Frage des 'ne bis in idem' auftaucht [2]. Ganz deutlich und dem deutschen Rechtsdenken besonders auffallend wird der Widerstreit vor allem, soweit bei den torts auch exemplary damages gewährt werden können. Es könnte in einem deutschen juristischen Lehrbuch stehen, wenn die Anmerkung zu einer Reihe von amerikanischen Entscheidungen wie folgt lautet[3]: "The recovery of exemplary or punitive damages for an assault and battery has been denied on the ground, that it is illogical and unjust, or unconstitutional, to award damages in a civil action for an act, for which the state has provided a punishment through a criminal prosecution". Aber so überzeugend diese Auffassung ist und dem Verbot des ne bis in idem gerecht wird, handelt es sich in der Tat nur um eine "minority rule". Die an Zahl überwiegende Judikatur verbleibt dabei, auch zivilrechtlich ungeachtet strafrechtlicher Verfolgung[4], dieselben Tatbestände mit einer Rechtsfolge zu versehen, die auch Strafe beinhalten soll. Zum Teil mißbilligen die Gerichte eine derartige Rechtsprechung, doch oft verhindert sie der Grundsatz des stare decisis von einem precedent abzugehen [5]. Häufig wird nicht einmal bei der Bemessung der damages die strafrechtliche Verfolgung berücksichtigt[6]. Letzte-

---

1) vgl. Restatement of Torts § 867, Comment d).

2) Eine eigentümliche Anwendung des ne bis in idem finden wir - als Ausnahme - bei assault. Wurde der Beklagte nämlich in einem zivilen Schnellverfahren - summary procedure - wegen assault verurteilt, so entfällt jegliche weitere strafrechtliche Verfolgung (vgl. 10 Halsbury's Law 3rd. Ed. S. 745, (1435); Yowitt a. a. O. unter assault, S. 160).

3) 16 ALR, 801.

4) Clark, a. a. O., S. 226 (§ 12).

5) 16 ALR, 772: "The matter has become now, however in many jurisdictions, one of precedent which the courts frequently have felt themselves bound to follow, although they disapproved of the rule".

6) Clark, a. a. O., S. 226 (§ 12).

res wird vor allem praktisch in den USA, wo grundsätzlich - im Gegensatz zu England - das Zivilverfahren nicht ausgesetzt werden muß, wenn auch ein Strafverfahren wegen desselben personal injury anhängig ist [1].

II. Immaterieller Schaden im law of contract

1) Bei "breach of contract" zwei Rechtsbehelfe

Im englisch-amerikanischen Vertragsrecht, dem law of contracts, ist die durch den Vertrag begründete Schuld [2] selbst keine Anspruchsgrundlage, sondern sie ist nur Voraussetzung für das Entstehen etwaiger Ansprüche wegen Vertragsbruch [3] (breach of contract). Die Verpflichtung aus dem Vertrag geht also nicht primär auf Erfüllung, sondern stellt sich als eine "Garantie einer in Aussicht gestellten Leistung" dar. Dieses Garantie- oder Gewährleistungsversprechen (warranty) gibt bei breach of contract dem Verletzten Rechte von zweierlei Art [4]. Er kann versuchen, für den erlittenen Schaden damages zu erhalten, oder er kann versuchen, ein decree for specific performance oder eine injunction zu erwirken, um auf diese Weise die versprochene Handlung oder Unterlassung zu erzwingen. Aber während damages bei breach of contract stets [5] verlangt werden können, ist eine specific performance oder eine injunction - wie schon früher ausgeführt - nur bei bestimmten Verträgen unter besonderen Umständen als subsidiärer Rechtsbehelf möglich.

2) Damages bei breach of contract

a) Soweit ein Schade nachweisbar und dieser sich als "proximate and natural consequence of the breach" [6] darstellt, können grundsätzlich damages und zwar als 'compensatory damages' verlangt werden. Es genügt hier oft auch, daß der Schade nur teilweise nachweisbar ist, wenn er von den Parteien vernünftigerweise vorausgesehen werden konnte. Ist aber gar kein Schade nachweisbar, obwohl eine Partei ihr Leistungsversprechen verletzt hat, so können doch nominal dama-

---

1) vgl. 4 Am. Iur., 187, assault and battery § 126.
2) "an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing". So b. Rheinstein, a.a.O., S. 54; auch: 87 ALR 459.
3) Yenks, a.a.O., S. 121: "When a party to a contract, from whom is due, without lawful excuse fails to performe his promise, the contract is broken".
4) vgl. Anson: a.a.O., S. 459. Pollock, a.a.O., S. 528 ff. 8 Halsbury's Law 3rd. Ed. 205 (347).
5) Yenks, a.a.O., S. 121, § 273.
6) Griffith, V. A.: a. a. O., S. 237; vgl. Cheshire and Fifoot: a. a. O., S. 500 ff.

ges geltend gemacht werden [1]. Dabei spielen die sogenannten contemptuous damages im Vertragsrecht kaum eine Rolle. Dagegen ist der Anspruch auf nominal damages im eigentlichen Sinne vor allem ein Mittel, die Parteien vertragstreu zu halten, erreichen sie doch oft den Zweck, den bei uns ein Feststellungsurteil erfolgt. In dieser rechtspolitischen Funktion als Mittel zur Verhütung von Verletzung des Vertragsversprechens zeigt sich eine gewisse Verwandtschaft mit den exemplary damages [2].

exemplary damages selbst können im Vertragsrecht dagegen prinzipiell nicht zugesprochen werden [3]. Der Grund für diese regelmäßige Ablehnung von exemplary damages im Vertragsrecht, wo das Verhalten des Schadenstifters ebenso Vorwurf verdienen kann wie im Deliktsrecht, dürfte in der Auffassung, daß im Vertrag dem Parteiwillen die beherrschende Rolle zukommt, zu suchen sein [4]. Inwieweit Verpflichtungen zu damages bestehen, soll auf dem Parteiwillen beruhen. Eine Ausdehnung der Verpflichtung zu damages aus Strafgedanken, die ja auch jenen Gedanken "for the benefit of the community" beinhalten, würde eine Durchbrechung der Vorherrschaft des Parteiwillens bedeuten.

b) Welcher Schaden wird ersetzt ?

"As a general rule, damages for breach of contract are limited to the pecuniary loss sustained" [5]. Dieser Grundsatz, der sich letzlich nur aus der Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im englisch-amerikanischen Recht erklären läßt, führt im Ergebnis zu einer Rechtsprechung, die dem deutschen Recht sehr ähnlich ist. Aber auch im englisch-amerikanischen Rechtsleben ist es eine lebhaft besprochene Frage, ob der Nichtvermögensschaden, also physical or mental pain im Vertragsrecht nicht ebenfalls eine großzügigere Berücksichtigung durch Gewährung von damages erfahren soll.

Bisher ist es sowohl in England als auch in Amerika unumstritten, daß derjenige, der ein Heiratsversprechen bricht - breach of promise of marriage [6] -

---

1) Winfield: "Yenks English Civil Law", Vol. I. London 1947 § 262.
Anson, a. a. O., S. 472.
2) Rheinstein, a. a. O., S. 151.
3) Mayne and Smith, a. a. O., § 342, englische Entscheidung, siehe unter 84 ALR, 1348, vgl. ferner: Griffith, V. A.: S. 308, a. a. O.; Anson, a. a. O., S. 471; Pollock, a. a. O., S. 537; Chitty on Contracts: a. a. O., S. 407, 432 ff.
4) vgl. zu folgendem Rauert: a. a. O., S. 51. Anson, a. a. O., S. 471.
5) 15. Am. Jur. 708 Damages § 273; Winfield, a. a. O., §§ 255, 256.
6) Diese Klage gehört zu der Gruppe der heart balm actions=Klagen, die Balsam für gekränkte Herzen bringen; Näheres: Weißenstein: "Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch", I. Teil, Zürich 1950, S. 81.

damages entrichten muß. Es dürfte sich hier um den einzigen allgemein anerkannten Ausnahmefall handeln, daß im Kontraktsrecht auch damages in Form von exemplary damages gegeben werden. Allerdings muß es sich in der Regel um "aggravated cases of breach of promise of marriage" handeln[1], beispielsweise, wenn der Beklagte erpresserisch, betrügerisch, oder sonst arglistig gehandelt hatte. Auch können unter Umständen exemplary damages dann begründet sein, wenn jemand ein Heiratsversprechen abgibt, dabei aber wissentlich verschweigt, daß er eine ekelerregende ansteckende Geschlechtskrankheit hat [2].

Soweit es sich nicht gerade um aggravated cases handelt, wurden immaterielle Interessen bei breach of promise of marriage zum Teil dann berücksichtigt, wenn auch pecuniary loss entstanden ist und compensatory damages zugesprochen werden. Was man hier als den eigentlichen Schaden ansieht, wird deutlich, wenn man die Gesichtspunkte erfährt, die die Jury bei der Gewährung von damages berücksichtigen soll:
"In awarding compensatory damages the jury may ... consider the injury to the plaintiffs prospect in life including the length of time during which the engagement, the injury to her health, the effect of the breach on her feelings, mental suffering, wounded pride, humiliation, and pain and mortification, the blighting of her affections, her anxiety of mind, her loss of reputation ... [3]; daß in diesem Falle - bei Bruch des Heiratsversprechens - immaterielle Güter einen derartigen Rechtsschutz erhalten, wird zum Teil auch damit erklärt, daß die Form der action for breach of promise of marriage wohl der einer Vertragsklage [4] entspricht, daß es sich der Natur nach, insbesondere was die Frage der damages anbetrifft, aber um eine action for a tort handele. Eine amerikanische Entscheidung spricht diese Erkenntnis direkt aus [5], indem sie die analoge Anwendung der Tort-Regeln empfiehlt.

Eine weitere Ausnahme der oben genannten general rule, wonach immaterielle Schäden im Vertragsrecht keine Berücksichtigung finden, wird in manchen Entscheidungen offenbar, wo der Vertragsbruch durch eine besondere Leichtfertigkeit (wantonness) oder Rücksichtslosigkeit gekennzeichnet ist und zu einer körperlichen Verletzung geführt hat. Hier wurden dann auch damages wegen mental

---

1) Griffith, V.A.: a.a.O., S. 237.
2) 8 Am. Iur., 868 "Breach of promise of marriage", § 27.
3) 8 Am. Iur., 866 "Breach of promise of marriage", § 26.
vgl. auch: 34 ALR, 1359; 19 Halsbury's Law, 3 rd. Ed. S. 773 (1235).
4) Hier "assumpsit", eine der wichtigsten Vertragsklagen.
5) 8 Am. Iur. 865, "Breach of promise of marriage", § 25.

and physical sufferings gegeben. Schließlich kann auch seelisches Leiden zu damages berechtigen, wenn ein Vertrag gebrochen wurde, der auf eine Leistung gerichtet war, die derart war, daß der Schuldner beim Abschluß des Vertrages wissen mußte, ein Bruch werde zu seelischen Leiden aus anderen Gründen als wegen reinen Geldverlusts führen [1]. Beispiele für letzteres sind die bereits entschiedenen Sachverhalte[2]: ein weiblicher Hotelgast wird grundlos der Unsittlichkeit bezichtigt und aus dem Hotel gewiesen, oder: ein Photograph soll ein Bild des verstorbenen Kindes des Klägers vergrößern, er verliert das Negativ, oder: Unwürdige Ausführung eines Begräbnisses.

In einer englischen Entscheidung aus dem Jahre 1950[3] wurden dem Kläger 300 £ zuerkannt mit dem Tenor: the plaintiff was entitled to recover damages for the inconvenience and discomfort which he had suffered as a direct result of the defendant's breach of contract. Der Sachverhalt war: ein Kläger, der Frau und Kind hatte, wollte in sein eigenes zur Zeit noch bewohntes Haus einziehen. Durch das vorsätzliche Hinhalten und teilweise Täuschen des Beklagten war der Kläger schließlich gezwungen, in einem viel zu kleinen Haus (mit nur einem Schlafzimmer) Unterschlupf zu suchen.

Es wird häufig der Fall sein, daß derartige Sachverhalte zugleich einen tort-Tatbestand erfüllen, sodaß es für den Kläger zweckmäßig sein wird, statt aus Vertrag sofort aus Delikt zu klagen. So ist es nicht verwunderlich, wenn in solchen Fällen, in denen der Vertragsbruch gleichzeitig ein Delikt enthält, die Gerichte hier mental pain und suffering regelmäßig als Faktor bei der Festsetzung von damages anerkennen [4].

In der oben genannten englischen Entscheidung Bailey v. Bullock spricht der Richter jedoch zur Klärung aus: "The plaintiff's claim was founded in contract rather than in tort" [5]. Denkt man an diese tort-ähnlichen Sachverhalte, so hat es nur deklaratorische Bedeutung, wenn die Eingangs zitierte general rule an anderer Stelle [6] wie folgt definiert wird: "Damages for mental anguish are not recoverable in actions for breach of contract unless the breach amounts in substance to a wilful or independent tort".

---

1) Mayne and Smith, a.a.O., § 341; vgl. auch: Bouvier, a.a.O., S.2193.
2) Rheinstein, a.a.O., S.151, S.152, siehe Fußnote 63.
3) Bailey v. Bullock (1950) 2 All.E.R.1167; vgl. ferner: Anson, a.a.O., S.471.
4) Beispiel 44 ALR 1485, auch: 23 ALR 373.
5) vgl. Groom v. Crocker (1938) 2 All.E.R. 394.
6) 15 Am.Jur. 599 damages § 182.

3) Gesamttendenz

Abgesehen von den aufgezeigten Ausnahmen wird in der englisch-amerikanischen Rechtsprechung an der general rule grundsätzlich festgehalten. Daß aber trotzdem immer wieder Versuche unternommen werden, immaterielle Schäden, wenn schon nicht als selbständige Ansprüche, so doch als Element von damages eingekleidet, geltend zu machen, zeigt eine reiche - meist jedoch abweisende - Rechtsprechung [1]. Der größte Streit entsteht natürlich in jenen Fällen, in denen mental pain and suffering nicht von physical injury begleitet, sondern das alleinige Resultat eines Vertragsbruches sind. Versucht man gerade in diesem Streit, der den extremsten Widerspruch zur general rule enthält, die Gesamttendenz abzuspüren, so lautet auch hier das Ergebnis, das indizierend für das gesamte law of contracts gilt: Wird mental pain "wilful or malicious" oder "wilful and malicious" zugefügt, so können damages verlangt werden, obwohl ein anderer Schaden nicht entstanden ist. Wird mental pain nur fahrlässig verursacht, so wird in der Regel eine Klage auf damages abgewiesen. Beide Regeln erfahren jedoch durch die Rechtsprechung Ausnahmen in zahlreichen und durch die verschiedensten Kriterien sich unterscheidenden Variationen [2].

III. Bemessung der damages

1) Measure of damages - richterliche Freiheit - Schwierigkeiten und Gefahren.

Das Festsetzen der Höhe der damages, wenn dem klägerischen Anspruch dem Grunde nach entsprochen wurde, erfolgt - soweit nicht ein Einzelrichter entscheidet - unter Anleitung des Richters (judge) durch die Jury. Dabei ist es Aufgabe des Richters, den jury-Mitgliedern jene Gesichtspunkte mitzuteilen, die für die Höhe der damages Berücksichtigung finden sollen. Diese grundlegenden Erläuterungen (footing) sind verfahrensrechtlich "the measuring of damages" [3].

Wie in allen Rechtsordnungen, die den Nichtvermögensschaden der Vermögenseinbuße zumindest im Grundsatze gleichstellen, finden wir auch im englisch-amerikanischen Recht durch Theorie und Praxis ausgebildete Rechtssaätze, die dem Richter eine Souveränität in ursprünglicher Bedeutung des Wortes einräumen.

---

1) 15 Am. Iur. 599, Damages § 182, Fußnoten 11-14.
2) Zum ganzen ausführlich: 23 ALR 361 ff. Ferner: 44 ALR, 428, 56 ALR, 659. 122 ALR, 1486 zu der Frage: sollen damages für physical pain auf jeden Fall dann gegeben werden, wenn solche für mental pain begründet sind und umgekehrt ? vgl. auch: Prosser, a. a. O., S. 886.
3) Pollock, a. a. O., S. 29-30; 11 Halsbury's Law, 3 rd. Ed-235.

Es ist eine aus der Natur der Sache abzuleitende Selbstverständlichkeit, daß der Richter, der grundsätzlich gehalten ist, auch ideellen Schaden zu berücksichtigen, als notwendiges Korrelat größtmögliche Freiheit seines Ermessens bei der Entscheidung über Grund und Höhe desselben haben muß [1]. Oft und besonders bei mental pain stellt es an das Gericht höchste Anforderungen, ideelle Schäden, soweit sie vorgetragen werden, überhaupt als nachgewiesen würdigen zu können. Aber, abgesehen von der rein tatsächlichen Schwierigkeit in der Beweisführung, ist man sich auch in England und Amerika darüber völlig klar, daß eine große Gefahr auch darin liegt, daß nicht nur unbegründete und auch betrügerische Ansprüche geltend gemacht werden, sondern daß in recht häufigem Maße wegen Trivialität oder nur schlechter Manieren anderer, die zu bloßen Unbequemlichkeiten geführt haben, prozessiert wird [2]. Aber daß diese unerfreulichen Begleiterscheinungen nicht zu einer grundsätzlichen Verweigerung des Rechtsschutzes für die ideellen Güter des Menschen führen können, spricht Prosser [3] mit den Worten aus: "This is a poor reason for denying recovery for any genuine, serious mental injury. It is the business of the law to remedy wrongs that deserve it, even at the expence of a flood of litigation; and it is a pitiful confession of incompetence on the part of any court of justice to deny relief upon the ground that it will give the court to much work to do ...". Ist aber unter der Menge der Ansprüche erst einmal die "Spreu vom Weizen" getrennt, so erhebt sich die eigentliche Problematik des measuring of damages. Da damages stets "a sum of money" darstellen, ist die naheliegende Frage: Was sind physical pain, was mental pain in Geld ausgedrückt wert ? Daß hierauf keine befriedigende Antwort gegeben werden kann, muß nicht weiter ausgeführt werden. Diese Tatsache, daß für pain und suffering kein Marktpreis besteht, formulieren die Gerichte zuweilen in einer recht nüchternen Ausdrucksweise: "No legal yardstick can be found to measure accurately reasonable compensation for pain and suffering "[4]. Oder: "There is no market, were pain and suffering are bought and sold "[5]. Man wird bei gewissenhafter Überlegung nicht einmal sagen können, daß eine Bewertung von physical pain verhältnismäßig weniger Schwierigkeiten bereite als eine solche von mental pain [6]. Denn bedeutet nicht jeder physische Schmerz gleichzeitig auch psychische Leiden ? Oder: kann in diesem Sinne bei der Bemessung von damages diese Unterscheidung noch aufrecht erhalten werden, wenn man der vor allem schon medizinisch aufgestellten These folgt, wonach mental pain umgekehrt letztlich selbst auch nur physical pain ist [7].

---

1) Dohna, a.a.O., S. 240. 2) Prosser, a.a.O., S. 877 u. Magruder, a.a.O., S. 1035.
3) Prosser, a.a.O., S. 877. 4) Herb v. Hallowell 85 ALR, 1004.
5) St. Louis Co v. Kendall 15 Am. Iur. 482, Damages, § 72, Fußnote 14.
6) Prosser, a.a.O., S. 875.
7) Rifkind, S.H.: "Money as a device for measuring value", 26 "Columbia law review", S. 565 ff., S. 876; vgl. Hay v. Young (1942) 2 All.E.R. 396, insbes. S. 402: "The distinction between mental shock and bodily injury was never a

Die Tatsache, daß trotz der Schwierigkeit in der Beweisführung des Schadens, aber auch in dem fehlenden Maßstab für ideelle Schäden, die englisch-amerikanischen Gerichte eine für deutsche Verhältnisse erstaunlich reiche Praxis in der Gewährung von damages offenbaren, läßt erkennen, daß Art und Ausmaß des Schadens wohl auch Faktoren für die Bemessung sind, daß aber wesentliche Anhaltspunkte für die Festsetzung der Höhe der damages in einer anderen Erwägung gefunden werden. Die hervorragendste Bedeutung erlangt dabei der Zweck, der mit der Gewährung von damages erreicht werden soll.

2) Der Zweck der damages bei immateriellem Schaden

Es ist eine grundsätzliche Feststellung, daß damages im Gegensatz zum deutschen Recht, wo Schadenersatz Naturalherstellung oder wirtschaftlich gleichwertige Herstellung bedeuten soll, einen mehrfachen Zweck verfolgen kann und soll. Über Ziel und Zweck "in awarding damages" ist als "fundamental principle" in Halsbury's Law of England [1] "restitutio in integrum" genannt. Hiermit ist gemeint, "that the law will endeavour, so far as money can do it, to place the injured person in the same situation as if the contract had been performed, or in the position he occupied before the occurence of the tort". Diese als Ausgangspunkt zu betrachtende Beschreibung der Aufgabe von damages ist dem deutschen Recht [2] nicht unähnlich. (Nur nebenbei sei nochmals vermerkt, daß eben die Betonung auf "money" liegt und an eine Naturalherstellung grundsätzlich nicht gedacht wird.)
Soweit durch compensation dieser Zweck nicht erreicht werden kann, und daß dem sehr häufig so ist, ist auch in der englisch-amerikanischen Juristenwelt bekannt[3], können damages aber auch die Aufgabe haben, satisfaction, also Genugtuung oder Befriedigung auszulösen.
Ob nun der Zweck von damages ausschließlich compensation oder ausschließlich satisfaction sein soll, wird in der Regel schwerlich zu erkennen sein, vielmehr werden beide Komponenten stets - nur mit variierender Intensität - enthalten sein. Daß exemplary damages ausgesprochenen Strafzweck, nominal

---

scientific one, for mental shock is presumably in all cases the result of, or at least accompanied by, some physical disturbance in the suffer's system, and a mental shock may have consequences more serious, than those resulting from physical impact. In the case of mental shock, however, there are elements of greater subtlety than in the case of an ordinary physical injury and these elements may give rise to debate as to precise scope of legal liability".

1) 11 Halsbury's Laws 3 rd. Ed. S. 223. 2) vgl. § 249, S. 1 BGB.
3) Mayne and Smith, a. a. O., S. 432.

damages einen meist streitschlichtenden Zweck haben, soll nur nochmals erwähnt werden [1]. Für den Bereich des immateriellen Schadens, soweit er nicht exemplary damages oder nominal damages auslöst, ist aus den bekannten Gründen compensation nur in begrenztem Umfange möglich. Hier vor allem gewinnt satisfaction seine Hauptbedeutung. Die gewährte Geldsumme ist nicht in erster Linie das Äquivalent für körperlichen Schmerz oder seelisches Leid, sondern es sollen den durch die Verletzungen verursachten Unlustgefühlen gleichsam Lustgefühle durch die Zusprechung einer Geldsumme folgen: eine Befriedigung des Verletzten soll ausgelöst werden. Auch hier handelt es sich um Ausgleich, d.h. um compensatory damages, doch wird der Ausgleich durch die in der Sache begründete Unmöglichkeit nicht in Naturalherstellung oder wirtschaftlich gleichwertiger Herstellung versucht, sondern auf intellektuellen, inneren Gebieten sollen Faktoren geschaffen werden, die es vermögen, den erlittenen Schaden leichter zu ertragen, oder aber geringer erscheinen zu lassen, oder, im besten Falle, ihn vergessen zu machen.

3) Höhe der damages bei immateriellem Schaden

Die Bestimmung der tatsächlichen Höhe jenes Geldbetrages, der dem Verletzten zukommen soll, unterliegt "within loose limits, almost entirely to the discretion of the jury" [2]. Mit jenen 'loose limits' (lockeren Grenzen) sind nun all die Grundsätze und Umstände gemeint, die bei Festsetzung des Geldbetrages Berücksichtigung finden sollen; zwar besteht auch hier keineswegs eine einheitliche Anschauung, doch können grundsätzliche Tendenzen, die als überwiegend angesprochen werden können, festgestellt werden. Oberstes Gebot ist hierbei, daß der gewährte Betrag "fair and reasonable" und "free from sentimental or fanciful standards, and based upon the facts disclosed" ermittelt wird [3]. In Ansprüchen wegen physischer oder psychischer Leiden liegt natürlich eine nicht unbedeutende Gefahr für besonders mitleidige Gerichte [4].

Zunächst sind, soweit möglich, Anhaltspunkte: Natur und Ausmaß der Verletzung. Wenn es dem Gericht gelungen ist, sich darüber ein möglichst objektives Bild zu verschaffen, so können nunmehr "mildernde" und "erschwerende" [5] Umstände Berücksichtigung finden. Im Gegensatz zur Übung

---

1) vgl. über Zweck von damages, Mayne and Smith, a.a.O., S. 9; Chitty on Contract, a.a.O., 405. 15 Am. Iur. 387, damages § 2. Ferner Restatement, torts § 901, 903; Rifkind, a. a. O., S. 565; 11 Halsbury's Law 3 rd. Ed. 244 (413); Anson, a.a.O., S. 470.
2) Mayne and Smith, a.a.O., S. 33. 3) 81 ALR, 419.
4) Pollock, a.a.O., S. 50; Eine zahlreiche Judikatur befaßt sich mit dem "excessive damages".
5) Mitigating (mildernde) u. aggravating (erschwerende) circumstances; vgl. zu folgendem: 11 Halsbury's Law, 3rd. Ed. 285 ff.

deutscher Gerichte, wo die Kasuistik sich in der Regel aufbaut aus Umständen, die Berücksichtigung finden, streiten sich die englisch-amerikanischen Gerichte mehr oder weniger darum, welche Umstände nicht zu den "elements of estimating damages" zählen. Grundsätzlich können nämlich alle Umstände für die Bemessung von Bedeutung werden; nur der konkrete Fall entscheidet: "The facts of each case must be the basis on which the amount in each case is predicated" 1).

Es ist unumstritten, daß Geschlecht, Alter, Gesundheit, Lebensverhältnisse und Gewohnheiten der verletzten Partei betrachtet werden 2). Diese Umstände zur Person, zu denen auch noch soziale wie Stand, Beruf oder auch Ruf treten, können zu mitigation oder aggravation führen.

Interessant ist, daß bezüglich der im deutschen Recht besonders streitigen Frage ob die Vermögensverhältnisse und, hiermit nahe verwandt, eine Haftpflichtversicherung der Parteien mit berücksichtigt werden sollen, die Meinungen ebenso auseinandergehen 3).

In Amerika jedenfalls ist in den Entscheidungen sehr häufig auch das Einkommen des Klägers mitberücksichtigt (vgl. die Übersicht in 46 ALR 1237 ff.). Besondere Beachtung findet aber vor allem das Verhalten beider Parteien vor, während und nach der Verletzung z.B. bei Beleidigung kann eine Ehrenerklärung oder Entschuldigung zu einer Minderung führen 4). Beim Beklagten kann auch das Benehmen vor Gericht während des Prozesses mitgewertet werden 5). Aggravating cirsumstances sind besonders gefühlloses, grausames, unmenschliches oder besonders rücksichtsloses Verhalten, der Zweck, die Absicht, oder die Art und Weise der Durchführung der Tat 6).

Entsprechend der Berücksichtigung des Verschuldens des Beklagten wird auch etwaiges Mitverschulden, contributory negligence, des Klägers in die Waagschaale geworfen und kann sogar zur Abweisung führen.

Es ist ein Grundsatz aus dem Equity-Recht, daß dem Kläger, der an dem Unrecht teilgenommen hat, Rechtsschutz verweigert werden kann ("the plaintiff must come into court with clean hands"). Hieraus hat sich die "in pari delicto

---

1) 15. Am. Iur. 479, Damages § 71, Anm. 7.
2) vgl. "Restatement", "Torts", a.a.O., Vol. IV. 1939, § 905, comment. i.
3) vgl. Mayne and Smith, a.a.O., S. 42 bejaht Berücksichtigung der Vermögenslage des Beklagten. Anderer Ansicht Wussow: "Der Schmerzensgeldanspruch nach amerikanischem Recht", DRZ, 1950 400/401. Nach der engl. Entscheidung Payne v. Railway Executive (1951) 2 All. E. R. 910 sollen Pensionen und Versicherungen des Beklagten unberücksichtigt bleiben.
4) "Restatement, Torts", Vol. III 1938, Comment zu § 621.
5) Pollock, a. a. O., S. 277. 6) vgl. 15 Am. Iur. 480, Damages § 71.

doctrine" entwickelt, die im Schadensrecht bedeutet, daß kein Regress möglich st, zwischen mehreren Verletzten, die alle rechtswidrig gehandelt haben. Noch veitere derartige Lehren, wie zum Beispiel die doctrine of last clear chance [1] der die prima facie tort doctrine [2] können Grund für eine Gesamtabweisung des Anspruches werden.

Contributory negligence" [3] (mitwirkendes Verschulden) ebenso wie die von ersteren zu scheidenden "avoidable consequences" (vermeidbare Folgen) finden schon deshalb in der Bemessung Berücksichtigung, weil eine grundsätzliche Pflicht besteht, "to exercise reasonable care and diligence to avoid loss, or to minimize the resulting damages" [4]. Daß es sich dabei um Anwendung des Satzes von Treu und Glauben handelt, zeigt eine amerikanische Entscheidung, die hierzu sagt: "The rule is simply one of good faith and fair dealing" [5].

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß auch künftiger, immaterieller Schaden, future pain and suffering, in der Höhe der damages zum Ausdruck kommen kann, sofern eine "reasonable certainty" besteht [6]. In einer englischen Entscheidung aus dem Jahre 1937 spricht der Richter Greer sehr klar aus, als die Frage auftrat, ob die in der Vorinstanz gewährten 10 000 £ damages für den Verlust beider Hände überhöht seien: "We have ... to take into account not only the suffering which he had immediately after the accident but the suffering that he will have throughout his life in future; the constant necessity of having assistance in the various things that he has to do for his own purposes, apart from earning money" [7].

Zu den künftigen Leiden zählt aber auch der Verlust der Lebensfreude als Folge einer Verletzung (loss of enjoyment of life). Dabei soll das Entbehrenmüssen der Annehmlichkeiten "of a normal social and personal routine of life" Berücksichtigung finden" [8].

---

1) vgl. Rauert: a. a. O., S. 43
2) vgl. 52 Columbia Law Review, 503 ff.
3) vgl. Mayne and Smith: a. a. O., S. 61, über die zwei Grundgedanken des House of Lords zu contributory negligence. In England heute: Law Reform (Contributory negligence) Act, 1945; vgl. Corstar v. Eurymedo (1938) 1 All. E. R. 122; Davies v. Swan (1949), 1 All. E. R., S. 620.
4) 81 ALR 282 (Comment Note).
5) 81 ALR 283 (Gilbert v. Kennedy).
6) siehe instructions bei 85 ALR 1019, ferner: 15 Am. Iur. Damages § 73.
7) Heaps v. Perrite (1937) 2 All. E. R. 60.
8) Charlesworth, a. a. O., S. 567.

Eine gewisse unterschiedliche Auffassung zeigen amerikanische Gerichte gegenüber englischen in der Frage, ob die durch die Verletzung verursachte Verkürzung der Lebenserwartung "element of damges" ist. Während die englische Leitentscheidung [1] lautet: "The shortening of one's expectation of life by personal injury is an element of the damages recoverable for such injury", nehmen die amerikanischen Gerichte grundsätzlich einen gegenteiligen, also ablehnenden Standpunkt ein. Doch kann auch in den USA insoweit der Verkürzung der Lebenserwartung bei der Bemessung der damages Rechnung getragen werden, als diese Tatsache besonders physical oder mental pain verursacht. Dann fällt diese pain unter "the extent of the injury". Aber die Verkürzung der Lebenszeit als solche soll unberücksichtigt bleiben[2].

Es erhellt, daß die genannten Gesichtspunkte nicht vollzählig, für den erkennenden Richter nur Anhaltspunkte sein können. Die endgültige Bestimmung der Höhe der damages bleibt letzlich seiner eigenen Verantwortung und Entscheidung unterworfen. Es ist gerade in der Entscheidung bei Bemessung von damages für ideellen Schaden ein hervorragendes Beispiel für jenen Weg einer Rechtsprechung gegeben, der nicht in erster Linie entlang von Dogmen und Abstraktionen führt, sondern alle Umstände des Einzelfalles grundsätzlich zu einer neuen Entscheidung Anlaß werden läßt. In diesem Sinne wird es verständlich, wenn ein amerikanischer Jurist die Entscheidung in einem Urteil als "judicial accident" bezeichnet [3]. Daß eine Komponente für diesen judicial accident auch ähnliche precedents sein können und häufig sind, ist selbstverständlich. Ihre größte Bedeutung haben Vorentscheidungen im Bereiche jener Verletzungen, die eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit (Verlust von Gliedern!) darstellen. Geringer wird ihre Brauchbarkeit zwangsläufig, wenn mental pain geltend gemacht wird.

Die große Freiheit, die dem Richter hier zukommt, wurde aber in der englisch-amerikanischen Rechtswelt noch nicht als grundsätzlich gefährlich - wie in

---

1) Flint v. Lovell (1935) 1 K. B. 354, abgedruckt unter 97 ALR 815; vgl. ferner: Rose v. Ford (1937) 3 All. E. R. 359; Morgan v. Scoulding (1938) 1 All. E. R. 28, The Aizkarai Mendi; (1938) 3 All. E. R. 483; Benham v. Gambling, (1941) 1 All. E. R. 7; Bishop v. Cunard White Star, (1950) 2 All. E. R. 22; 11 Halsbury's Law 3rd. Ed. 256 (428).

2) vgl. Annotations zu 97 ALR 823.

3) Beutel F. K.: "An Outline of the Nature and Methode of experimental jurisprudence" 51 Col. Law Review S. 424 ff.

Deutschland - angesehen. Dem englisch-amerikanischen Richter wird größtes Vertrauen entgegengebracht. Daß dieses Vertrauen gerechtfertigt ist, zeigen die Rechtsprechungsergebnisse [1]. Nicht zuletzt zeigt sich die Rechtfertigung dieses gewährten Vertrauens in der für deutsche Begriffe beachtlich hohen Wertschätzung des Richters und seiner Entscheidung.

E. Zusammenfassung

Im englisch-amerikanischen Recht werden ideelle Güter grundsätzlich dem zivilrechtlichen Rechtsschutz unterstellt. Die Grundsätze über die Art und Weise, insbesondere über die Ausnahmen sind in einer fein ausgebildeten, reichen Kasuistik entwickelt und angewandt. Den umfassendsten Schutz genießen physical pain im law of torts. Den geringsten Schutz erfahren mental pain im law of contracts. Für die Gewährung und Festsetzung der im immateriellen Bereich gewährten damages sind Art und Ausmaß des Schadens Anhaltspunkte. Die Höhe der damages wird jedoch in entscheidender Weise von dem erstrebten Zweck bestimmt. Dieser Zweck kann compensation oder satisfaction sein. Dabei orientiert sich die Hervorhebung des einen oder des anderen Zwecks am konkret zu entscheidenden Sachverhalt.

Man kann sagen, daß die Gerichte ganz allgemein auf dem Wege sind, eine immer weitergehende Berücksichtigung des ideellen Schadens zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere, soweit er vorsätzlich zugefügt wurde. Das englisch-amerikanische Recht bietet alle Voraussetzungen, daß dieser Wachstumsprozeß auch fernerhin organisch vor sich geht [2].

---

1) Einen Überblick über gewährte Beträge "for injuries not resulting in death" gibt z.B. Annotation 46 ALR 1230 ff.

2) Über die Tendenz zum Problem: Magruder, a.a.O., S. 1058.

5. ABSCHNITT

RECHTSPOLITISCHE BETRACHTUNG

A. Strafe oder Ersatz ?

Die historische Entwicklung des immateriellen Schadensrechts im deutschen Recht zeigt, daß die Vorschriften, die bei Entstehen eines solchen Schadens dem Verletzten zur Verfügung stehen sollen, in der Vergangenheit meist dem Strafrecht angehört haben. Heute dagegen ist die Einordnung dieser Vorschriften im privaten Schadensersatzrecht erfolgt. So eindeutig dementsprechend das BGB den "Ersatz" auch immateriellen Schadens durch die Behandlung desselben unter den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB vorsieht, so wenig war man sich in Lehre und Rechtsprechung von Anfang an über die eigentliche Aufgabe jener in § 253 BGB vorgesehenen "Entschädigung in Geld" einig. Der überwiegende Teil des Schrifttums betonte, daß es sich der Natur nach um einen "reinen Ersatzanspruch" handelt [1]. Die erfahrungsgemäße Unersetzbarkeit immateriellen Schadens bot jedoch immer wieder jener Auffassung, daß es sich hier nicht um Schadenersatz, sondern um Strafe, und zwar um eine Privatstrafe handele, Vorschub [2]. Zwar blieb diese Meinung in der Minderheit, doch stellten sie und der gegenüberstehnde Ersatzgedanke jene Alternativen dar, die als Ausgangspunkte die bisherige Diskussion und die Aufgabe der "Entschädigung in Geld" bestimmten. Keine der beiden Auffassungen vermochte sich in überzeugender Weise durchzusetzen. Dieses Ergebnis kann nicht verwundern, wenn man das Ziel eines "Schadenersatzes" und einer "Strafe" beachtet. Schadenersatz soll Ausgleich im Sinne der iustitia commutativa bezwecken [3]. Das ist im Bereich immaterieller Güterverletzungen in aller Regel nicht möglich. Es ist erstaunlich, wie diese einfache Tatsache wohl erkannt wird, wie wenig aber bisher Bereitschaft festzustellen war, hieraus die notwendige Konsequenz zu ziehen. Ein typisches Beispiel hierfür ist die Schmerzensgeld-Entscheidung des BGH vom 29. 9. 1952 [4]. In der Begründung stellt der BGH zunächst zutreffend fest, daß das Schmerzensgeld "für die durch die Rechtsverletzung herbeigeführte Einbuße geldlich nicht meßbarer Art" gewährt werde, rügt aber in demselben Satz die "oft recht unge-

---

1) So Petersen: JW 36, 2965; Gelhaar, NJW 53, 1281; Seydel NJW 54, 1017; Beauvais, "Das Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschaden unter besonderer Berücksichtigung des Schmerzengeldes" Diss. Bonn, 1956, S. 176 ff.; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 973; Palandt, a. a. O., Anm. 1b) zu 847.

2) v. Waechter, a. a. O., S. 74; Windscheid: Pandekten, § 455 a. E.

3) vgl. Larenz: "Schuldrecht", II. Aufl., Bd. I, a. a. O., 116.

4) BGHZ, 7, 223 (226).

ügenden Ersatzbeträge". Mit der "Einbuße geldlich nicht meßbarer Art" ird die "Unersetzbarkeit" erklärt und im selben Atemzug wird von "Ersatz"be- ägen gesprochen. Und die Entscheidung gibt klar zu erkennen, daß sie dem Er- atzgedanken anhängt, wenn sie fortfährt, daß es gelte, dem Grundsatz Anerken- ung zu verschaffen, daß ebenso wie beim Ausgleich des Vermögensschadens ur der Betrag ausreichen könne, der zur Beseitigung des verursachten Nachteiles otwendig sei.

t es vor allem ein aus der Natur der Sache abzuleitender Grund, der gegen die ualifizierung als "Ersatz" des immateriellen Schadens spricht, so sind es Gründe sbesondere rechtsdogmatischer Art, die gegen die Auffassung stehen, mit den eldbeträgen für immaterielle Schäden solle der Zweck einer Strafe verfolgt wer- en. Ganz allgemein gehört in unserer Rechtsordnung der Strafanspruch dem öffent- chen Recht. Sodann soll der Schuldige mit der Strafe nicht dem Verletzten die rlittene Unbill bezahlen, sondern der maßgebende Gedanke bei der Strafe ist die ühne, nicht dem Verletzten zu Liebe, sondern dem Täter zu Leide wird bestraft. ußerdem dient die Strafe als Abschreckung und unter Umständen der Besserung. erartige Zielsetzungen sind dem Privatrecht fremd. Würde man sich aber über iese Überlegungen hinwegsetzen und eine Strafe an den Verletzten bezahlen las- en, handelte es sich dann noch um Strafe und welche Gesichtspunkte würden für ie Höhe zu berücksichtigen sein ? Strafe wird stets abhängig sein von dem Maß n Schuld. Sollte der Verletzte, trotz offenbarter großer Schuld des Schädigers, inen hohen Strafbetrag ausbezahlt erhalten, obwohl der eingetretene Schaden erhältnismäßig gering ist ? Aber auch der umgekehrte Fall, ein großer Schaden bei eringer Schuld, die nur geringe Bestrafung zuläßt, zeigt die Unstimmigkeit, die ich ergibt, wenn im Zivilrecht bestraft werden soll. Auf die sich auftuende Frage es "ne bis in idem" im Falle privatrechtlicher Strafe neben der Möglichkeit öffent- ich-rechtlicher Strafe soll nur verwiesen werden.

Würde aber die Strafe nicht an den Verletzten, sondern an den Staat oder eine drit- e Stelle, z.B. an eine gemeinnützige Einrichtung [1] zu leisten sein, so wäre der nterschied zur Kriminalstrafe nicht mehr erkennbar. Eine Rechtswohltat, die dem n seinem immateriellen Gut Verletzten zukommen soll, würde der Verletzte auf iesem Wege nicht erhalten.

Diese Überlegungen zeigen, daß die Zweckbestimmung der "Entschädigung in Geld" icht ausschließlich in "Ersatz" oder ausschließlich in "Strafe" liegen kann. Aber ieses Ergebnis kann nicht das Schlußstück der Überlegungen bilden. Gegen ein enken nur in den sich scharf trennenden Alternativen "Ersatz" oder "Strafe" andte sich schon Dohna [2] mit den Worten: ... daß "das Problem der Schadens-

---

) wie Baur vorschlägt, a.a.O., S. 34.
) Dohna, a.a.O., S. 232, (zitiert Unger).

tragung sich weder mit formalrechtlichen Kategorien bezwingen noch auf dem Wege deduzierender juristischer Logik lösen läßt, sondern ein soziales, wirtschaftliches und ethisches Problem ist". Erst die Bereitschaft, von dieser Warte aus über die Zweckbestimmung der "Entschädigung in Geld" bei immateriellem Schaden nachzudenken, wird eine den Möglichkeiten entsprechende Lösung erkennen lassen.

Im Schrifttum gab es immer wieder Stimmen, die allein aus dem Wort "Entschädigung" in den §§ 253, 847 und 1300 BGB im Gegensatz zu dem sonst verwendeten Wort "Ersatz" das Gesetz dahin interpretierten, daß damit kein "eigentlicher" Ersatz gemeint sei [1]. Diese Gesetzesauslegung blieb nicht unwidersprochen [2] - es mag dahingestellt bleiben, ob zu Recht, jedenfalls wird mit ihr die Weiche zu einer befriedigenden Auffassung über den Zweck der Entschädigung in Geld gestellt. In Anlehnung an die in den Art. 28 ZGB und Art. 49 OR des schweizerischen Rechts [3] verwendete Terminologie, tauchte in der Diskussion auch in Deutschland als Zweckbestimmung der Normen zum immateriellen Schaden der Gedanke der Genugtuung auf [4].

B. Genugtuung

Aus jüngsten Entscheidungen ist zu erkennen, daß auch die Rechtsprechung durch Besinnen auf den Zweck der in § 847 BGB genannten "billigen Entschädigung" die Enge der Vorschrift zu überwinden versucht. Die Entwicklung ist eindeutig

---

1) vgl. z.B. Larenz, a.a.O., Bd.II, S. 370.
2) Beier, MDR 1954, 592:"Dem Unterschied in den Bezeichnungen 'Entschädigung' - 'Schadensersatz' dürfte keinerlei Bedeutung zukommen. Bei immateriellen Schäden paßt nur die Bezeichnung "Entschädigung" besser".
3) Die schweizerischen Vorschriften lauten: Art. 28 ZGB: Wer in seinen pers. Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung klagen. Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig. Art. 49 OR: Wer in seinen pers. Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens u. wo die besondere Schwere der Verletzung u. des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung. Anstatt oder neben dieser Leistung aber kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.
4) vgl. Larenz: "Vertrag und Unrecht", II. Teil, Die Haftung für Schaden u. Bereicherung, Hamburg 1937, S. 85, derselbe: a.a.O., Bd.II. S. 370; Esser:

zu verfolgen: 1952 rügt der BGH [1] zwar, daß die Zweckbestimmung auch des Schmerzensgeldanspruchs durch die Rechtsprechung bisher nicht genügend beachtet worden sei. In demselben Urteil wird aber noch festgestellt, daß der § 847 BGB eine dem Schadensersatzrecht angehörende Vorschrift sei; ein Strafcharakter - auch im weitesten Sinne - komme ihm nicht zu. Diese Ansicht gab der BGH 1955 mit folgenden Worten auf [2]: Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist kein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch eigener Art mit einer doppelten Funktion: er soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat". Der hier von der Lehre übernommene Gedanke, daß § 847 BGB auch Genugtuung ermöglichen soll, wurde nunmehr vom BGH beibehalten [3]. Die Entscheidungen gewähren jedoch diese Genugtuung n e b e n einer Entschädigungsleistung. Hierin dürfte eine Quelle zu Mißverständnissen liegen [4]. Schon gesetzestechnisch wäre es nicht zu begrüßen, neben dem Begriff "Ersatz" und der neu aufzunehmenden "Genugtuung" auch noch den bisher schon verschiedenartig gedeuteten [5] Terminus "Entschädigung" beizubehalten. Doch auch materiell ist ein Verzicht möglich, ja sogar erforderlich, wenn man davon ausgeht, daß "Genugtuung" - und darauf soll es ankommen - u n t e r a n d e r e m a u c h entschädigen soll. Diese Ansicht muß verdeutlicht werden:

Mit Genugtuung soll dem immateriell Verletzten ein innerer, seelischer Ausgleich ermöglicht werden. Dies kann nur erreicht werden, wenn v e r s c h i e d e n e F a k t o r e n, besser F u n k t i o n e n d e r bei immateriellem Schaden zu gewährenden G e l d l e i s t u n g berücksichtigt werden. Zunächst ist Ausgangspunkt natürlich Art und Umfang der zugefügten Verletzung. Dieser Schaden soll nicht mit einer allein gefühlsmäßig gegriffenen Summe bedacht werden, sondern diese Summe muß geeignet sein, dem Verletzten für die erlittenen und die von ihm noch in der Zukunft zu erduldenden körperlichen und seelischen Leiden einen - wenn auch unvollkommenen - inneren Ausgleich zu geben [6]. Dieser Ausgleich mag unmittel-

---

"Lehrbuch des Schuldrechts" I. A., Karlsruhe 1949, S. 490.

1) BGHZ, 7, 223 ff. vgl. Beier, MDR 1954/591. 2) BGHZ, 18, 149 ff.

3) vgl. BGHZ 20, 61 (68) u. BGHZ 26, 349 (358).

4) Auch der BJM-Entwurf spricht in der vorgeschlagenen Fassung des § 847 BGB neben Genugtuung noch von angemessener Entschädigung.

5) vgl. S. 68.

6) vgl. zu folgendem: Gelhaar, NJW 53, 1281, ferner Wussow "Das Unfallhaftpflichtrecht", 5. Aufl. Berlin-Köln 54, S. 419; genau so: OGHZ 2, 66 (77) = NJW 49/624.

bar eintreten, indem der Verletzte durch den Empfang des Geldes in die Lage versetzt wird, sich lang erwünschte oder notwendige Bedarfsgegenstände anzuschaffen, oder er kann endlich drückende Verbindlichkeiten ablösen, oder der Empfänger findet seinen Ausgleich schon dadurch, daß er nunmehr ein entsprechendes Sparkonto unterhalten kann. Der innere Ausgleich kann aber auch mittelbar erreicht werden. Der Verletzte kann sich bisher nicht mögliche Annehmlichkeiten oder Bequemlichkeiten leisten, oder er kann Liebhabereien verfolgen. Bei dieser Schadensbetrachtung steht also die Überlegung im Vordergrund, "welche Faktoren eines neuen Lebensinhaltes in ideeller Hinsicht dem Verletzten geschaffen werden können, und deren Kosten sind dann in Geld zu veranschlagen"[1]. Der innere Ausgleich mag mittelbar oder unmittelbar stattfinden, entscheidend bleibt, daß er wirklich erfolgt und im Augenblick der Zahlung als solcher empfunden wird. Das aus solcher Erwägung heraus gewährte Geld soll die Funktion übernehmen, nicht "Ersatz" zu erreichen, sondern entsprechenden immateriellen Gleichwert zu ermöglichen [2]. Damit ist auch jene Funktion zu verstehen, die bisher von einem Teil des Schrifttums unter "Entschädigung" begriffen wurde. Daß diese Funktion nur unvollkommen erfüllt werden kann, erhellt aus dem bisher Gesagten, denn sie hat ja im Grunde mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen, wie wenn sie "Ersatz" erreichen sollte: auch sie muß in gewissem Sinne einen Maßstab für Nichtmeßbares voraussetzen. Aber die Erleichterung liegt darin, daß nicht dasselbe verletzte immaterielle Gut "hergestellt" werden muß, sondern, daß es genügt, ein anderes ideelles Gut oder Interesse in verstärktem Maße zu befriedigen, zu fördern oder zu vermehren. Das kann durch eine natürliche verständnisvolle Überlegung seitens des Gerichts erfolgen, das aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung in einem pflichtgemäßen Ermessen einen solchen Geldbetrag festsetzt, der ausreicht, ein Äquivalent für die entgangene Lebensfreude zu ermöglichen.

Im Anschluß an einen Vorschlag von Ihering [3] können wir hier von der Äquivalentfunktion des Geldes sprechen. Aber hierin erschöpft sich nicht der Zweck

---

1) Wussow: DRZ 50/273.

2) Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die nach Fertigstellung dieser Arbeit erschienene Mainzer Diss. (1959) von Remé: "Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz (Rechtsvergleichende Beiträge)". Remé sieht den Zweck der Geldleistung in einem "Überwindungsgedanken". Der Verletzte soll in die wirtschaftliche Lage verletzt werden, den erlittenen immateriellen Schaden überwinden oder jedenfalls mindern zu können.

3) Ihering, a.a.O., , S. 51 ff. u. S. 77; vgl. auch Fischer, a.a.O., S. 268, Fußnote 19.

der Geldleistung bei immateriellen Schäden. Nicht nur einen Geldvorteil begehrt der immateriell Verletzte. Er verlangt auch - man denke wieder an den praktisch häufigsten Fall der Ehrverletzung -, daß der Täter für seine Tat ein Übel erfahre, er soll für seine Schuld gezüchtigt werden. Mit anderen Worten: den Verletzer soll Strafe treffen [1]. Entsprechend muß die in diesem Sinne offenbarte Aufgabe der Geldleistung als Straffunktion bezeichnet werden. Die Reflexwirkung dieser Straffunktion auf Seiten des Schädigers ist, daß dem Verletzten dadurch eine gewisse Befriedigung, Besänftigung oder anders ausgedrückt, eine Gefühlsumstimmung geboten und ermöglicht wird [2]. Das Übel, das dem Täter auferlegt wird, übernimmt beim Verletzten die Aufgabe, Befriedigung auszulösen: das ist die Satisfaktions-Funktion der Geldleistung.

Diese Funktionen, Äquivalent- Straf- und Satisfaktions-Funktion, sind die Komponenten dessen, was unter Genugtuung verstanden werden soll. Dabei muß noch betont werden, daß dise Komponenten kumulativ auftreten, was nicht ausschließt, daß im zu entscheidenden Falle die eine oder andere Funktion überragende Bedeutung gewinnt oder aber nur eine geringe, wenn nicht gar völlig bedeutungslose Rolle spielt. Jedoch ist dadurch dem Zivilrechter eine dem Strafrichter ähnliche Möglichkeit gegeben, nach eigener freier Überzeugung den Geldbetrag festzusetzen, der in diesem Sinne Genugtuung bedeutet.

Daß ein solches Nebeneinander von Zwecken bei der Gewährung von Geldansprüchen für immaterielle Schäden ein durchaus brauchbarer Weg sein kann, um der Eigenart immateriellen Schadens gerecht zu werden, sollte uns vor allem der Blick in das anglo-amerikanische Recht vermitteln. Dort stellten wir ein mögliches Nebeneinander von compensation und satisfaction fest, wobei der konkrete Sachverhalt darüber entscheidet, ob die Betonung auf compensation oder auf satisfaction liegen soll. Ganz in diesem Sinne ist auch die hier vertretene kumulative Auffassung zu verstehen.

Die Anerkennung auch einer Straffunktion soll jedoch keine Verwischung der Grenzen zwischen Zivil- und Strafrecht bedeuten. Der Genugtuungsanspruch - das sei hervorgehoben - ist ein rein zivilrechtlicher. Er beinhaltet auch nicht Privatstrafe.

---

1) Ihering, a.a.O. sieht in der Straffunktion vor allem die "vorbeugende Wirkung": "unter Straffunktion verstehe ich nicht die Zuerkennung einer Privatstrafe an den Kläger, wie sie den Zweck der römischen Strafklage bildete, sondern die Androhung einer Strafe als Pressionsmittel für den Fall der Nichtbefolgung des richterlichen Befehls, also in römischer Sprache einer multa im Gegensatz der poena".

2) Seng, a.a.O., S. 363 verweist hier zu Recht auf die "Ergetzung" in Art. 20 CCC und auf "Solatium" in den Digesten (L. 3 Dig. de litig. 44. 6.).

Ein solcher "Rückfall" [1] in die Geschichte sollte mit der Genugtuung nicht erreicht werden.

Eine Furcht davor, es könnte eine gewisse Rechtsunsicherheit eintreten, da die von den einzelnen Gerichten anerkannten Genugtuungsbeträge voneinander abweichen, ist wenig gerechtfertigt. Die Rechtsprechungsergebnisse zu § 847 BGB zeigen, daß in der Praxis einerseits grundsätzlich keine abnormen Beträge, - seien sie ungerechtfertigt hoch oder unverständlich gering - zugesprochen werden; andererseits werden sich auch hier alsbald gewisse Grundsätze aus der Rechtsprechung ablesen lassen. Im übrigen können die Ergebnisse der Rechtsprechung zu § 847 BGB weitgehend beigezogen werden. Neuland in der Festsetzung von Geldbeträgen wird vor allem bei Ehrverletzungen betreten werden müssen.

C. Zur Reform

1) Daß nur in einer anderen Funktionszuweisung der Geldleistung bei immateriellen Schäden, der Unmöglichkeit des Ersatzes im Sinne einer Herstellung begegnet werden kann, sollte hier aufgezeigt werden. Die Genugtuung als Rechtswohltat bei immateriellen Schäden in der Ausführung der besprochenen drei Funktionen kann als Weg zu diesem Ziel benützt werden. Haben wir aber nach der Überwindung der dogmatischen Hindernisse das Instrument zum Schutze eines Rechtsgutes, so muß die notwendig folgende Frage sein, in welchem Umfange soll dieses Instrument angewendet werden. Als nächstes gilt es also die Frage zu beantworten, in welchem Umfange bei Verletzung immaterieller Güter ein Anspruch auf Genugtuung möglich sein soll.

2) Ein schrankenloser Schutz ideeller Interessen sollte nicht erstrebt werden. Doch gebietet das Grundgesetz ein Mehr an Schutz als die bisherigen zivilrechtlichen Vorschriften zuließen. Immaterielle Schäden drücken sich gerade in einer Persönlichkeitsminderung aus. Die Persönlichkeit, die durch Art. 1 und 2 GG unter

---

1) Titze, a.a.O., S. 715, spricht zu Recht beim mexikanischen Recht von einem Rückfall in die überwundene Anschauung alter Zeiten, die zwischen Strafe und Schadensersatz nicht oder nur unvollkommen unterschied. Tatsächlich enthält nämlich der mexikanische Código penal (1931) den Oberbegriff "sanción pecuniaria", welcher sich in die Unterbegriffe der Geldstrafe (la multa) und des (materiellen wie immateriellen) Schadensersatzes (reparación del daño) zerlegt (Art. 29 Abs. 1, 30 Ziff. II). Dieser Schadensersatz muß gem. Art. 34, 37 zusammen mit der Strafe im Wege des Strafprozesses geltend gemachte werden. - Eine ähnliche Verwandtschaft zwischen Zivilunrecht und

esonderem Verfassungsschutz steht, muß demnach in umfassender Weise Schutz rfahren. Man könnte dabei in der Art verfahren, daß man weitere einzelne Perönlichkeitsgüter in den Tatbestand des § 847 BGB einfügt [1]. Vor allem wird daei an das Recht der Ehre gedacht, aber auch das Recht auf Achtung der persönichen Geheimsphäre soll nach dieser Ansicht als Einzelpersönlichkeitsrecht aufenommen werden. So erfreulich in gewisser Hinsicht eine Kasuistik für die Praxis ein mag, so wenig wird sie gerade für ein Gebiet, das einer ständigen Entwickung unterworfen ist, auf die Dauer ausreichen und befriedigen können. Die moderne Technik hat Möglichkeiten erschlossen, die die Gefahr eines Mißbrauchs auf Kosten der Persönlichkeitsgüter in einem erschreckend hohen Maße heraufbeschwören [2]. Sphären der Persönlichkeit, die heute wohlbehütet zu sein scheinen, könen morgen aufgrund technischer Errungenschaften schutzlos dem Mißbrauch preisegeben sein. Nur als Beispiel seien die Fälle angeführt, in denen eine Verletzung er Persönlichkeit durch Tonbandaufnahmen erfolgte. Ohne Wissen der Gesprächsartner können privateste Gespräche, aber auch ganze Verhandlungen oder Besprehungen auf Band genommen und mißbräuchlich verwendet werden [3]. Die schwerällige Gesetzgebung wäre nicht in der Lage, den immer neu auftretenden Bedürfissen zu entsprechen. Ohne die oft geschmähten "Gummitatbestände" hätte man n der entwicklungsfreudigen aber auch entwicklungseiligen Zeit der letzten 50 Jahe mit ihren gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Veränderungen, Umwälzungen und Erschütterungen des Soziallebens nicht Schritt halten können.

Ein anderer Gesichtspunkt soll ferner die Forderung nach einer Generalklausel stützen. Die Persönlichkeit, Ehre und Würde des Menschen sind die individuellsten Rechte unter den Rechten. Die Eigenartigkeit, der Kern eines jeden menschlichen Individuums offenbart sich in diesen Rechtsgütern. Nur in verallgemeinernden Linien lassen sich hier Vergleiche zwischen Mensch und Mensch anstellen. Der Wirklich-

---

Strafrecht finden wir im spanischen Recht (Titze, S. 710).

1) insbesondere von Larenz, a.a.O., Bd. II. S. 336 ff., vorgeschlagen. - Voraussetzung hierfür ist, daß diese Persönlichkeitsgüter, wie es bereits weitgehend der Fall ist, als "sonstige Rechte" i. S. von § 823 BGB anerkannt werden.

2) zu folgendem vgl.: Bußmann: "Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag 1957, Tübingen, S. 60.

3) vgl. Heimerisch: "Der Mißbrauch von Tonbandaufnahmen", BB 1956, 249 ff. (enthält gute Beispiele).

keit entsprechende Erkenntnis über die Einzelausgestaltung der Persönlichkeit des konkreten Individuums läßt sich nur durch die singuläre - die speziellen Umstände berücksichtigende - Betrachtung gewinnen. Jeder Einzelfall würde seine unvergleichbaren Besonderheiten aufweisen. Kann bei einer derartigen Sachlage mit einer Kasuistik dem Ziel der höchstmöglichen Gerechtigkeit befriedigend gedient werden ? Schwerlich. Es wird sich nicht bestreiten lassen, daß es nur mit Generalklauseln möglich ist, im Rahmen der Gesetzlichkeit und Rechtsstaatlichkeit die Härte der nur auf das Generelle abstellenden Gerechtigkeit durch die alle speziellen Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Billigkeit erträglich zu machen. Nur mit diesen "königlichen Paragraphen", wie man die Generalklauseln schon genannt hat, kann man dem Einzelfall - ganz besonders auf dem Gebiet des Persönlichkeitsrechts - gerecht werden [1]. Die umfassende Reform zum Schutze der Persönlichkeit kann deshalb nur durch Schaffung eines elastischen Tatbestandes - einer Generalklausel - durchgeführt werden.

3) Schutzobjekt: Die Persönlichkeit

Schutzobjekt des Tatbestandes muß ein allgemeines Persönlichkeitsrecht sein, das sich den Gegebenheiten der in ihm enthaltenen einzelnen, besonderen Persönlichkeitsrechten anzupassen vermag. Bezüglich der bekannten - und besonders von Larenz betonten - Gefahren einer Generalklausel kann darauf verwiesen werden, daß sich dahingehende Befürchtungen für das schweizerische Recht als unbegründet erwiesen haben. "Es liegt nichts dafür vor, daß der Schritt, den die Schweiz mit der Schaffung einer Blankettnorm bereits vor einem halben Jahrhundert - anscheinend ohne ihn zu bereuen - getan hat, falsch war"[2]. Den Inhalt diese "Persönlichkeitsrechts" zu ermitteln und insbesondere die Grenzen des zu gewährenden Rechtsschutzes deutlich zu machen, muß der Rechtsprechung, unterstützt von der Lehre, als Aufgabe verbleiben.

Ein gewisser Anhalt kann durch die Fassung des in dieser umfassenden Weise zu ergänzenden § 847 BGB gegeben werden. Neben das umfassende Tatbestandsmerkmal "Persönlichkeit", können gleichsam mit Beispielscharakter, ohne eine erschöpfende Aufzählung darzustellen, einige besonders wichtige, in der bisherigen Vorschrift schon enthaltene oder umstrittene Einzelpersönlichkeitsgüter aufgenommen werden. Es wird dabei also vornehmlich an die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit, der Gesundheit, der Freiheit und nun auch der Ehre zu denken sein.

---

1) vgl. Hirsch: "Maulkorb für die Presse", Berlin und Frankfurt/M. 1959, S. 21; Dürig (in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte Bd. 2, S. 525) nennt die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Normen der §§ 138, 242, 826 BGB - also die Generalklauseln - die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das Zivilrecht.

2) Bußmann, a. a. O., S. 69.

Für die eigentliche Ausfüllung der Generalklausel ist wertvolle Arbeit bereits geleistet worden, als es galt, das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" für das Zivilrecht überhaupt zu entdecken, und als ein absolut geschütztes Recht im Sinne des § 823, I BGB anzuerkennen [1]. Von diesem hier entwickelten Persönlichkeitsrecht als Schutzobjekt muß ausgegangen werden. Es soll nicht verkannt werden, daß ein rechtlich garantierter Schutz der Persönlichkeit die große Gefahr in sich birgt, daß dieser dem Einzelnen zukommende Schutz auf Kosten der Entfaltungs- und Betätigungsfreiheit des Anderen überspannt werden könnte. Augenscheinlich wird diese Gefahr namentlich angesichts des in Art. 5 GG enthaltenen Rechts der freien Meinungsäußerung[2]. Der in den Grundrechten der Persönlichkeit und der freien Meinungsäußerung enthaltene Widerstreit der Interessen muß einen Ausgleich finden [3]. Unter Umständen muß und kann daher auch unter Grundrechten eine Güterabwägung stattfinden. Das hat das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil von 1958 nochmals zutreffend festgestellt [4]: "Da im Zusammenleben in einer großen Gemeinschaft sich notwendig Interessen - und Rechtskollisionen zwischen den Einzelnen ergeben, hat im sozialen Bereich ständig ein Ausgleich und eine Abwägung der einander entgegenstehenden Rechte nach dem Grade ihrer Schutzwürdigkeit stattzufinden. Was als Ergebnis einer solchen Abwägung an Beschränkung der freien Entfaltungsmöglichkeit für den Einzelnen verbleibt, muß hingenommen werden". Der bereits erwähnte Entwurf des Bundesjustizministeriums, der ebenfalls von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Schutzobjekt ausgeht, rief gerade wegen der befürchteten ungerechtfertigten Einschränkung der Meinungsfreiheit scharfe Kritik in der Presse hervor. Der Entwurf sieht für § 847, I BGB folgende Neufassung vor:

---

1) Zu erwähnen sind hier die folgenden Entscheidungen: BGHZ 13, 334 = NJW 54, 1404 (Veröffentlichung eines Briefes in einer Zeitung bei entstellenden Auslassungen (der Dr. Schacht-Fall); BGHZ 15/249 (Veröffentlichung der Tagebücher von Cosima Wagner). BGHZ 20/345 (Veröffentlichung eines Bildes einer der Zeitgeschichte angehörigen Persönlichkeit zu geschäftlichen Zwecken). BGHZ 24/72 (Offenlegung von Krankenpapieren). BGHZ 26/52 (67) (Filmische Darstellung von Personen der Zeitgeschichte). BGHZ 26/349 (Herrenreiterfall, unerlaubte Verwertung eines Bildes zu Reklamezwecken). BGHZ 27/284 (heimliche Tonbandaufnahmen); das RG lehnte in seiner "später" auch stets aufrechterhaltenen Grundsatzentscheidung RGZ 51/369 (373) von 1902 ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht i. S. § 823, I BGB ab, weil dessen Begrenzung sonst "eine völlig unsichere" würde.

2) vgl. Löffler: "Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit", NJW 59, 1 ff.

3) so auch Löffler, a. a. O., S. 2.

4) BVerfGE 7/198 (220).

"Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld einschließlich einer Genugtuung für die erlittene Unbill verlangen. Dies gilt nicht, soweit ... eine Herstellung im Sinne des § 249 möglich und genügend oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld geleistet ist; eine unerhebliche Verletzung bleibt außer Betracht. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Schwere der Beeinträchtigung und des Verschuldens sowie nach den Verhältnissen der Beteiligten".

Hier wird dem Entwurf entgegengehalten, daß eben kein Ausgleich, sondern eine Vorrangstellung des Persönlichkeitsrechts vor dem der Meinungsfreiheit das Ergebnis solchen allgemeinen Persönlichkeitsschutzes sei [1]. Interessant ist, daß das wirklich als überwunden geglaubte Mißtrauen gegen die Ermessensfreiheit des Richters vereinzelt ebenfalls wieder als Waffe gegen eine Erweiterung des Schutzes immaterieller Interessen verwendet wird: Die Presse könne ihren Öffentlichkeitsauftrag nicht verantwortungsvoll erfüllen, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht "eine solch unsichere Rechtsgrundlage sei, die alles in das subjektive Ermessen des Amts- oder Landrichters stellt, ihm auch die Höhe des Schadensersatzanspruches für die ideelle Beeinträchtigung einer Persönlichkeit festzustellen überläßt" [2]. Daß dieses Mißtrauen unbegründet ist, wurde schon früher zu erklären versucht.

Gegen mögliche andere Einwendungen, die sich gegen einen Schutz der Persönlichkeit in allgemeiner Form durch Androhung einer Genugtuungszahlung richten, mag noch gesagt werden: rechtliche Relevanz können selbstverständlich nur tatsächliche Verletzungen von nicht unerheblicher Bedeutung gewinnen. (De minimis non curat lex.) Um Bagatellen von vornherein auszuschalten, erscheint es deshalb schon sprachlich notwendig, nicht von "Beeinträchtigungen" der Persönlichkeit, sondern von Verletzung zu sprechen [3]. Damit soll gleichzeitig zum Ausdruck kommen, daß in jedem Falle in der Tatbestandsebene die Sozial-Adäquität geprüft werden muß. Durch die Mitgliedschaft in einer aufeinander angewiesenen Gesellschaft muß der Einzelne zu notwendigen und unvermeidbaren

---

1) vgl. FAZ vom 2. 2. 59; Dombrowski: Ein Akzent wird verschoben", auch der BJM-Entwurf erfährt denselben Vorwurf: Siegburg: "Was angemessen ist", in: FAZ v. 22. 6. 59.

2) vgl. Dombrowski: a. a. O.

3) Der dem Bundesrat vorgelegte BJM-Entwurf spricht nunmehr - im Gegensatz zum Referentenentwurf - ebenfalls nicht mehr von 'Beeinträchtigung', sondern von 'Verletzung'.

Einschränkungen seiner eigenen Rechtssphäre bereit sein. Diese Einschränkungen stellen sicherlich oft auch Beeinträchtigungen der Persönlichkeit dar. Doch diese Beeinträchtigungen können nicht Gegenstand eines Anspruches aus dem Persönlichkeitsschutz sein - solange sie - wie gesagt - sozialadäquat sind. Verlieren sie aber diese gesellschaftsbedingte Natur, so sind sie nicht mehr zumutbar, dann handelt es sich um "Verletzungen".

Die Abgrenzung von Beeinträchtigung und Verletzung wird in vielen Fällen Schwierigkeiten bereiten. Selbstverständlich können unter dem zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit auch nicht solche Einschränkungen oder Belastungen des immateriellen Lebensbereiches fallen, die zwar kausal - logisch - von Menschen - auch schuldhaft - herrühren mögen, sich aber aus natürlichen Gründen einfach einer rechtlichen Bewertung entziehen. So wies ein englisches Gericht zu Recht den Anspruch auf damages zurück, der damit begründet werden sollte, daß der Kläger, seine Frau und ein Kind infolge des Verschuldens des Beklagten in einer viel zu kleinen Wohnung leben mußten, und daß deshalb der Kläger es für unmöglich hielt, ein weiteres Kind zu haben. In diesem Verzichten-müssen sah der Kläger einen Schaden, der zu damages berechtigen würde[1]).
Auf gleicher Ebene und dem menschlichen Rechtsschutz ebenso unzugänglich liegt der Sachverhalt, wie er in jüngster Zeit einem deutschen Oberlandesgericht vorgetragen wurde: ein Vater litt seit frühester Jugend an einer Lähmung beider Beine, die auf eine Erbkrankheit zurückzuführen war. Gleichwohl hatte der Amtsarzt ihm vor der Eheschließung ein Eheunbedenklichkeitszeugnis ausgestellt. Die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder litten alle an der gleichen Lähmung wie ihr Vater.

Die Kinder klagten nun wegen Amtspflichtverletzung gegen den Staat. Der Amtsarzt habe durch Ausstellung des Unbedenklichkeitszeugnisses seine Amtspflicht verletzt und ihnen auf diese Weise Schaden zugefügt. Die Begründung erscheint auf den ersten Blick recht plausibel. Aber war hier ein Schaden entstanden, der nach unserer Rechtsauffassung noch unter den gesetzlichen Tatbestand des § 847 BGB fallen soll ?

Das OLG lehnte den Anspruch ab, mit der Begründung, im Grunde verlangten die Kinder eine Geldentschädigung dafür, daß sie das Licht der Welt erblickt hätten und Mensch geworden seien. Ein solcher Schadensersatzanspruch aber sei unserem Recht fremd. Ein Kind könne die Tatsache, daß es geboren sei, nicht als Schaden ansehen, zu dessen Wiedergutmachung ein Anderer eine Entschädigung in Geld zu leisten habe. Eine solche Ansicht würde den sittlichen und religiösen Anschauungen, auf denen unsere Rechtsordnung aufbaut, gänzlich zuwider laufen. Diesen Ausführungen ist in vollem Umfange beizustimmen. Derartige Sachverhalte, deren

---

1) Bailey v. Bullock (1950) 2 ALL.E.R. 1167.

ernster Hintergrund nicht bezweifelt werden kann, liegen jenseits gesetzlicher Normsituationen und können deshalb keine Ansprüche auf Geld wegen Immaterial-Schadens begründen.

Jegliche Verletzung der Persönlichkeit muß rechtswidrig sein. Sämtliche herkömmlichen Rechtfertigungsgründe können auch hier eingreifen. Für die Presse wird insbesondere die Wahrung schutzwürdiger Interessen, nämlich die Pflicht zur Unterrichtung der Öffentlichkeit, Bedeutung erlangen. Nicht nur solange unser BGB an dem in § 249 niedergelegten Grundsatz der Naturalherstellung festhält, sondern immer sollte - zumindest wahlweise - auch bei immateriellen Schäden ein Anspruch auf natürliche Herstellung möglich sein. Es wurde oben schon ausgeführt, wie verhältnismäßig klein der Wirkungskreis ist, der der Naturalherstellung im immateriellen Bereich gegeben ist. Trotzdem ist es - nicht nur aus Systemgründen - zu vertreten, anstatt der Genugtuung im geeigneten Falle, d.h. soweit möglich, eine Naturalherstellung zuzulassen. Man möge gerade an den besonders.wichtigen Fall der Ehrverletzung denken. Es läßt sich durchaus vorstellen, daß beim Erkennen der konkreten Umstände des Einzelfalles tatsächlich eine Naturalherstellung - z.B. in Form einer Widerrufserklärung - möglich und das größere Maß von Ausgleich der verletzten Interessen als eine Geldleistung verspricht. Durch eine wahlweise Anspruchsmöglichkeit auf "Naturalherstellung, soweit möglich" wird das Bestreben der Rechtswohltat, gleichzeitig dem höchstmöglichen Gehalt an innerer Gerechtigkeit zu verleihen, in befriedigender Weise gefördert. So selten die praktische Möglichkeit auch gegeben sein mag, so bleibt materiell und konstruktiv der Naturalherstellung gegenüber Geldleistung der Vorzug des gerechteren Schadensausgleichs.

Schließlich muß der Tatbestand nicht nur rechtswidrig erfüllt, sondern auch schuldhaft gemäß § 276 BGB verwirklicht sein.

Alle diese Gesichtspunkte und Erfordernisse werden dazu beitragen, einer uferlosen Geltendmachung von Ansprüchen Einhalt zu gebieten. Ein gewisses Korrektiv ist noch aus der höchstpersönlichen Natur des zu schützenden Rechtsgutes gegeben. Wie die bisherigen Ansprüche aus den §§ 847 und 1300 BGB kann auch der nunmehrige Anspruch auf Genugtuung nicht übertragbar oder vererblich sein, es sei denn, es läge vertragliche Anerkennung bereits vor, oder Rechtshängigkeit sei gegeben.

4) Der Gesetzesvorschlag

Aus den vorgetragenen Gedanken, daß die Persönlichkeit in allgemeiner Form gegen nicht unerhebliche Verletzung durch Androhung einer Genugtuung in Form einer Geldleistung, die "Entschädigung", Strafe und Satisfaktion kumulativ zu bewirken hat, Schutz erfahren soll, wird ein Gesetzesvorschlag unterbreitet.

Bei der Formulierung wurde besonderer Wert auf eine den modernen Gesetzen oft fremd gewordene Kürze der Vorschrift gelegt. Der § 847 BGB soll folgende Fassung [1] erhalten:

"I. 1. Wer in seiner Persönlichkeit nicht unerheblich verletzt wird, kann wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Genugtuung in Geld verlangen.
2. Dies gilt insbesondere für den Fall der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre.

II. Anstatt Genugtuung kann, soweit möglich, Herstellung verlangt werden.

III. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt, oder daß er rechtshängig geworden ist".

---

1) Abs. II, der die Übertragbarkeit und Vererblichkeit regelt, wird in wörtlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht übernommen.

Lebenslauf

Am 26. Juli 1930 wurde ich als Sohn des Oberstleutnant a.D. Dr. Wilhelm Dippon und seiner Ehefrau Ingeborg, geb. Krahe, in Porto Alegre (Brasilien) geboren. Durch diese Geburt erwarb ich die deutsche und die brasilianische Staatsangehörigkeit.

Die Schule besuchte ich in Brasilien und Deutschland. Am 7. Juni 1952 wurde mir von der Gottlieb Daimler-Oberschule in Stuttgart-Bad Cannstatt das Reifezeugnis erteilt. Anschließend machte ich eine bankkaufmännische Lehre.

Vom Wintersemester 1952/53 bis zum Wintersemester 1953/54 studierte ich an der Technischen Hochschule Stuttgart Volkswirtschaft. Mit dem Sommersemester 1954 begann ich das Studium der Rechte, wovon ich die beiden ersten Semester an der Universität Tübingen, die folgenden drei an der Universität Bonn und die beiden letzten Semester wieder in Tübingen verbrachte. Im Herbst 1957 legte ich die erste und im Februar 1962 die zweite juristische Staatsprüfung ab.